

INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

**TRATADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

TOMO III

**TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LA FALTA CONTRACTUAL
Y DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

TRATADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

TOMO I

EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

" Del ordenamiento jurídico de los contratos de las administraciones públicas y de los organismos autónomos; y los procedimientos de selección, celebración, ejecución y liquidación de los negocios jurídicos estatales".

TOMO II

EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

"De la estructuración jurídica, técnica, económica, financiera; y sobre el régimen patrimonial, de riesgos contractuales; y de la selección, celebración, ejecución y liquidación de los contratos de obra y concesiones públicas; y su relación con el derecho comparado y la experiencia internacional".

TOMO III

TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LA FALTA CONTRACTUAL Y DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

"Sobre la seguridad jurídica en la gestión contractual del Estado, adecuación y tipificación de la falta contractual, y el rol del derecho disciplinario sustancial en el juzgamiento de las faltas disciplinarias pre-contractuales, contractuales y post-contractuales, y los límites del juez disciplinario en relación a los jueces penales, fiscales y contencioso administrativos, conforme a la Ley 1447 de 2011, modificatoria de la Ley 43 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 87 de 1993, Ley 599 de 2000, Ley 610 de 2000, Ley 678 de 2001, Ley 734 de 2002, Ley 906 de 2004, Ley 1150 de 2007; y las Leyes 1437, 1438 y 1453 de 2011".

TOMO IV

EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

“Del proceso auditor y de responsabilidad fiscal por causa del daño patrimonial derivado de la gestión pre-contractual, contractual y post-contractual del Estado y los límites del juez de responsabilidad fiscal en relación a los jueces penales, disciplinarios y contencioso administrativos, conforme a la Ley 1447 de 2011, modificatoria de la Ley 43 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 87 de 1993, Ley 599 de 2000, Ley 610 de 2000, Ley 678 de 2001, Ley 734 de 2002, Ley 906 de 2004, Ley 1150 de 2007; y las Leyes 1437, 1438 y 1453 de 2011”.

TOMO V

EL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS, LA ACCIÓN CONTRACTUAL, LA JUSTICIA ARBITRAL Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

“ De los procedimientos Administrativos y de lo Contencioso Administrativo, De las controversias contractuales, las acciones contractual, ejecutiva, nulidad simple, de restablecimiento del derecho, reclamaciones económicas administrativas, la justicia arbitral y de los mecanismos de resolución de conflictos por causa de la gestión pre-contractual, contractual y post-contractual del Estado y los límites del juez administrativo en relación a los jueces penales, fiscales y disciplinarios, conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001 y Leyes 1437 y 1474 de 2011”.

TOMO VI

CONTROL PENAL DE LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS PÚBLICOS

“Aspectos sustanciales y procesales de la investigación, imputación, acusación y juicio oral en el sistema acusatorio por causa de la gestión contractual del Estado y de los particulares; y de su concurso con los delitos contra la administración pública, la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia y los límites de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces penales en relación a los jueces disciplinarios, fiscales y contencioso administrativos; y la competencia de la justicia internacional contra decisiones judiciales de derecho interno, conforme a la Ley 599 de 2000, Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y Leyes 1453 y 1474 de 2011”.

TOMO VII

DICCIONARIO ESPECIALIZADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

"Contiene los conceptos, nociones e instituciones jurídicas, técnicas, económicas, financieras, ambientales, sociales, tecnológicas, geológicas, geográficas, procedimientos de selección de los contratistas públicos y privados; y los aspectos doctrinarios, jurisprudenciales, normativos y de responsabilidad civil, comercial, penal, fiscal, arbitral, contencioso-administrativa de orden precontractual, de ejecución contractual y postcontractual".

DEDICATORIA

La vida conforme al Espíritu de Dios.

“...El fruto del Espíritu es amor, alegría, paz, paciencia, afabilidad, bondad, fidelidad”.

Epístola del Apóstol San Pablo a los Gálatas, Cap. 5, Ver. 22.

A mi esposa Carmen Janeth, a quien prometí amor eterno desde la lejana adolescencia.

A mis hijos Natalia y Juan David, frutos de nuestro Amor y en quienes tenemos toda la esperanza, ante un todo, un mundo por descubrir.

A mis padres Francisco y Juana, quienes junto a mi esposa, hijos y hermanos hemos tenido la oportunidad de comprender que el “el Señor construye con y sobre la roca que desechan los arquitectos, pues Jehová de los Ejércitos es el único que nunca falla”.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme la vida, aprender de ella, por seguir en ella, y por la Cruz que soportaré durante ella.

A Dios, a quien le ofrezco todos mis éxitos, fracasos, alegrías y tristezas; pues en la tierra quienes con facilidad se declaran autores de tus éxitos, con urgencia se declaran lejanos a tus fracasos, desgracias y tristezas.

Oración al Señor de la Victoria

Cuando todo se desmorona en nuestros
proyectos humanos,
en nuestros apoyos terrestres;
cuando de nuestros mas bellos sueños
sólo nos queda la desilusión;
cuando nuestros mejores esfuerzos
y nuestra más firme voluntad
no alcanzan el objetivo propuesto;
cuando la sinceridad y el ardor del amor
nada consiguen;
y el fracaso está ahí, desolador y cruel,
frustrando nuestras mas bellas esperanzas,
Tú permaneces, Señor, indestructible y fuerte,
Nuestro amigo que todo lo puede,
Tus designios permanecen intactos,
Nada puede impedir que tu voluntad se cumpla.
Tus sueños son más bellos que los nuestros, y Tú
los realizas.
Conviertes los fracasos en un triunfo mayor, nunca
eres vencido.
Tú, que de la pura nada haces surgir el ser y la
vida,
Tomas nuestra impotencia en tus manos
creadoras, con infinito amor, y la haces producir
un fruto, obra tuya, mejor que todos nuestros
deseos.

En ti, nuestra esperanza se salva del desastre,
cumplida en plenitud. Amen.

Presbítero IGNACIO LARRAÑAGA ORBEGOZO
Secerdote Capuchino, Loyola- España.
Orden Capuchina Franciscana.

TABLA DE CONTENIDO

					Pág.
				PRESENTACIÓN	
				INTRODUCCIÓN.....	31
				ABREVIATURAS.....	55
				PRIMERA PARTE: TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y DE SUS CATEGORÍAS JURÍDICAS: LA FALTA DISCIPLINARIA Y LA RESPONSABILIDAD D I S C I P L I N A R I A CONTRACTUAL.....	56

				TÍTULO PRIMERO: LA NOCIÓN DE FALTA DISCIPLINARIA EN EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO DE LOS CONTRATOS ESTATALES..... ...	60
--	--	--	--	---	----

				CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO DISCIPLINARIO, LOS CONTRATOS ESTATALES Y NOCIÓN DE FALTA DISCIPLINARIA.....	63
--	--	--	--	--	----

1.				Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario y su Especial Protección a la Contratación Estatal.....	67
	1.1			La Potestad Sancionadora del Estado: Su aplicación en el Derecho Disciplinario y Potestad Disciplinaria Estatal.....	69
	1.2			Estado, Derecho y Titularidad de la Acción Disciplinaria..	70
	1.3			Competencia para ejercer la función disciplinaria.	

	1.4			La Auditoría General de la República como órgano de vigilancia fiscal de las Contralorías.	
	1.5			La competencia disciplinaria en materia de funcionarios judiciales.	
	1.6			Poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.	

2.				Las Relaciones Especiales de Sujeción de los servidores públicos y de los particulares derivadas del Contrato Estatal.....	99
----	--	--	--	--	----

3.				Del deber funcional del sujeto disciplinable al ilícito contractual.....	111
----	--	--	--	--	-----

				CONCLUSIÓN	
				PRIMERO.....	
				CAPÍTULO	122

				CAPÍTULO SEGUNDO: NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA DERIVADA DEL CONTRATO ESTATAL.....	123
1.				Noción, concepto y Naturaleza de la Falta Disciplinaria en el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002-.....	123
	1.1			Noción y Concepto de Falta Disciplinaria.....	123
2.				Normas Específicas que tipifican faltas disciplinarias graves y leves en materia contractual.....	143
3.				Normas Específicas que tipifican faltas disciplinarias gravísimas en materia contractual.	
4.				Responsabilidad Disciplinaria en el Estatuto Contractual: Ley 80 de 1993 y Ley 1474 de 2011.....	150
				CONCLUSIÓN	
				CAPÍTULO SEGUNDO.....	154

				TÍTULO SEGUNDO: LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA COMO CONSECUENCIA DE FALTAS DISCIPLINARIAS DERIVADAS DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	155
--	--	--	--	---	-----

				CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO DISCIPLINARIO Y GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	156
--	--	--	--	---	-----

1.				La Especial Protección Disciplinaria, Penal, Fiscal y Contenciosa Administrativa del Contrato Estatal.....	156
		1.1		Características del Derecho Disciplinario.....	163
		1.2		El Derecho Disciplinario Legislado y el Derecho Disciplinario Dogmático o Derecho Disciplinario jurisprudencial - doctrinario.....	165

		1.3	Principios de solución de antinomias jurídicas para la eficacia del principio de aplicación de las normas disciplinarias y de integración normativa.....	167
		1.4	Principio de competencia funcional, de competencia territorial de la Ley Disciplinaria: Ámbito de aplicación del CDU.....	171
		1.5	La acción disciplinaria: Potestad, titularidad, caducidad y prescripción.	172
		1.6	El control de las fuentes de producción del Derecho Disciplinario sustancial y legislado..... .	172

			CONCLUSIÓN PRIMERO.....	CAPÍTULO 178
--	--	--	----------------------------	-----------------

			CAPÍTULO SEGUNDO: EL CONTRATO ESTATAL Y REGIMENES DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, PENAL, FISCAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.	179
--	--	--	---	-----

1.				Fronteras entre la Responsabilidad Disciplinaria, Fiscal, Penal y Contencioso Administrativa derivada del Contrato Estatal: <i>n o m b i s i n í d e m procesal.....</i>	180
2.				Fronteras entre las sanciones disciplinarias, penales y fiscales derivadas del juzgamiento de los Contratos Estatales y las sanciones administrativas contractuales por incumplimiento: <i>n o m b i s i n í d e m sustancial.....</i>	196
				CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.....	208
				CAPÍTULO TERCERO: ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR LA COMISIÓN DE UNA CONDUCTA DESCRITA COMO FALTA DISCIPLINARIA DE NATURALEZA CONTRACTUAL.....	209
1.				Formas de realización de la conducta contractual descrita como falta disciplinaria: autoría, participación subjetiva y deber funcional.....	212

2.				Formas de culpabilidad disciplinaria del sujeto contractual y concurrencia de causales de agravación o atenuación en la calificación y en la sanción de la falta disciplinaria.....	219
	3			Causales de agravación o atenuación en la calificación y en la sanción de la falta gravísima..... ...	220
4.				Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, de extinción de la acción y de la sanción disciplinaria como consecuencia de la comisión de una falta disciplinaria de naturaleza contractual.....	228
				CONCLUSIÓN CAPÍTULO TERCERO.....	247
				CONCLUSIÓN PRIMERA PARTE.....	249
				SEGUNDA PARTE: EL CONTRATO ESTATAL: ENTRE LA FALTA DISCIPLINARIA CONTRACTUAL Y EL JUICIO DISCIPLINARIO.....	251

				TÍTULO PRIMERO: DERECHO PÚBLICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN DE LAS PARTES EN E L C O N T R A T O ESTATAL.....	255
				CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO PÚBLICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES, PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y FALTA DISCIPLINARIA.....	264
1.				Régimen General de la Contratación Estatal y tipicidad disciplinaria contractual: principios y reglas.....	292
2.				Régimen Especial de Contratación Estatal en razón al objeto del contrato y tipicidad disciplinaria contractual.....	309
3.				Régimen Especial en razón a la naturaleza jurídica del ente c o n t r a t a n t e o c o n t r a t i s t a estatal.....	315

				CONCLUSIÓN	CAPÍTULO	323
				PRIMERO.....		

				CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO DISCIPLINARIO, ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y RÉGIMENES ESPECIALES.....		324
--	--	--	--	---	--	-----

1.				El Estatuto General de la Contratación Estatal.....		352
	1.1			Aspectos Generales de la Contratación Estatal.....		353
		1.1.1		Ámbito de Aplicación.....		353
	1.2			Aspectos Constitucionales del Estatuto General de C o n t r a t a c i ó n Estatal.....		356
	1.3			Principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal.....		359
		1.3.1		Principio de Transparencia.....		360

		1.3.2	Principio de Publicidad... ..	361
		1.3.3	Principio de Economía... ..	362
		1.3.4	Principio de Responsabilidad... ..	363
		1.3.5	Principio de la Ecuación Contractual.....	364
		1.3.6	Principio de Selección Objetiva.....	365

2.			Los procesos de selección en el Estatuto General de Contratación Estatal... ..	366
	2.1		Licitación Pública... ..	367
	2.2		Selección Abreviada... ..	371
	2.3		Concurso de Méritos... ..	374
	2.4		Contratación Directa... ..	374

3. Procedimiento de Contratación de mínima cuantía

4.				Régimen Reglamentario de los Procesos de Selección.....	376
5.				Régimen Reglamentario para la Enajenación de Bienes del Estado por parte de Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.....	379
6.				Régimen Reglamentario de Garantías en la Contratación de la Administración Pública.....	387
7.				Régimen Reglamentario para el Registro Único de Proponentes.....	390
8.				Regímenes Especiales de Contratación en relación al objeto del Contrato y en relación a la naturaleza jurídica de las partes.....	393
	8.1			Regímenes especiales de contratación en relación al o b j e t o d e l contrato.....	393
		8.1.1		Los Contratos de las Entidades de Crédito del Estado.....	394

		8.1.2		Los Contratos de las Entidades Aseguradoras Estatales.....	395
		8.1.3		Los Contratos de Entidades Fiduciarias Estatales.....	395
		8.1.4		Los Contratos Estatal de Compraventa de Bienes Inmuebles .	396
		8.1.5		El Contrato Estatal de Avalúo.....	397
		8.1.6		Contrato Estatal de Empréstito.....	398
		8.1.7		Contrato Estatal de Comodato.....	399
		8.1.8		Contrato Estatal de Mutuo.....	400
		8.1.9		Donación.....	400
		8.1.10		Contrato Estatal de Arrendamiento.....	402
		8.1.11		Contrato Estatal de Ciencia y Tecnología.....	405
		8.1.12		El Contrato Estatal de Fiducia Pública.....	408

		8.1.13		El Contrato Estatal de Encargo Fiduciario.....	409
		8.1.14		Los Contratos Estatales de Edición, Impresión y Publicación...	409
	8.2			Régimen de los Contratos para la Realización de Inversiones en Nuevas Plantaciones Forestales de Carácter Protector.....	410
	8.3			Régimen de Contratos para el Desarrollo de P r o y e c t o s Culturales.....	411
	8.4			Régimen de Contratos para la Venta de la Propiedad Accionaria de las Entidades del Estado.....	412

9.				Regímenes Especiales de Contratación en relación a la naturaleza jurídica de las partes.....	417
	9.1			Los Contratos Estatales Celebrados por las Universidades Públicas	417
	9.2			Los contratos Estatales del Banco de la República.....419	

	9.3			Contratos Estatales celebrados con organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad	420
--	-----	--	--	---	-----

10				Regímenes Especiales de los Contratos de Prestación de Servicios Públicos Industriales y Comerciales.....	422
	10.1			De los Servicios Públicos Postales.....	423
	10.2			Correo Ordinario.....	425
	10.3			Servicios Especiales y Financieros de correos.....	426
	10.4			Mensajería Especializada.....	426
	10.5			Régimen jurídico de los contratos de concesión y de las licencias para la prestación de servicios postales.....	428
		10.5.1		Contratos de concesión para la prestación del servicio público de correos	429
		10.5.2		Licencias para la prestación de servicios postales.....	433

10.6			Régimen especial de los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones.....	436
	10.6.1		Criterios para otorgar las concesiones.....	442
		10.6.1.1	Larga Distancia Nacional.....	443
		10.6.1.2	Larga Distancia Internacional.....	445
		10.6.1.3	El servicio público de Internet....	449
10.7			Régimen especial de los contratos de radio y radiodifusión.....	450
10.8			Régimen especial de los contratos para la prestación de telefonía móvil celular – TMC.....	451
	10.8.1		De los prestadores de servicios de telefonía celular.....	453
	10.8.2		Las sociedades privadas concesionarias del servicio de telefonía móvil celular.....	455

		10.8.3		Las sociedades de economía mixta adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular.....	456
		10.8.4		Participación de las entidades del sector solidario de la economía en las empresas concesionarias del servicio de telefonía móvil celular.....	457
			10.8.4. 1	Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector social solidario.....	458
			10.8.4. 2	Valor de las acciones suscritas por entidades del sector social solidario.....	459
		10.8.5		De las empresas estatales que pueden ser concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.....	459
		10.8.6		Procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión de prestación del servicio de telefonía móvil celular.....	460
		10.8.7		Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular.....	467

		10.8.8	Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades prestadoras del servicio de telefonía móvil.....	469
	10.9		Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS-.....	470
		10.9.1	Naturaleza Jurídica de los concesionarios prestadores del servicio - PCS -	474
		10.9.2	Obligaciones de los Concesionarios de los servicios –PCS-.....	477
		10.9.3	Pérdida del permiso para el uso del espectro e l e c t r o m a g n é t i c o estatal.....	480
		10.9.4	Procedimiento de selección de los contratistas.....	480
		10.9.5	Causales de incumplimiento grave.....	494
	10.10		Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de Televisión.....	495

		10.10. 1		Contratos de concesión para la operación y prestación de servicios de Televisión.....	497
		10.10. 2		Contratos de concesión para la operación, prestación y programación de espacios de televisión.....	498
		10.10. 3		Licencias para la operación y prestación de servicios de la televisión comunitaria.....	499
	10.1 1			Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público.....	500
		10.11. 1		Condiciones y requisitos para obtener habilitación y prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal.....	506
		10.11. 2		Condiciones y requisitos para obtener habilitación y adjudicación para la prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.....	517

10.1	2			Contratos para la concesión de puertos.....	518
		10.12.		C o n t r a p r e s t a c i ó n económica.....	519
		10.12.		Plazo de la concesión.....	521
		10.12.		O t o r g a m i e n t o de la concesión.....	522
		10.12.		P e t i c i ó n de concesión.....	522
		10.12.		O f e r t a o f i c i o s a de la concesión.....	527
		10.12.		G e s t i ó n p r e d i a l de la concesión.....	528
		10.12.		Cambio en las condiciones de la concesión.....	530
		10.12.		C a d u c i d a d de la concesión.....	531
10.1	3			Contratos para la concesión de aeropuertos.....	531
	10.1			Contratos para la concesión de terminales terrestres.....	533

10.1	5		Régimen especial para los contratos de concesión, construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.....	533
		10.15.1	C l á u s u l a s unilaterales.....	535
		10.15.2	G a r a n t í a s de ingreso.....	535
		10.15.3	G e s t i ó n predial.....	536
		10.15.4	L i q u i d a c i ó n del contrato.....	536
10.1	6		Régimen especial de los contratos de obras civiles, adquisición, suministro, para garantizar la seguridad aeronáutica.....	537

11.			Régimen especial del contrato de aporte para la ejecución de política pública social.....	538
	11.1		El contrato de aporte como contrato estatal.....	540

12. Régimen jurídico de los contratos para la prestación de los servicios del sistema de seguridad social en salud

12.1. Los contratos para la prestación de los servicios de salud en el régimen, contributivo, subsidiado y vinculado

- 12.1.1 La Empresas Promotoras de Salud-EPS
- 11.1.2 Las Instituciones Prestadoras de servicios de Salud-IPS
- 11.2.3 Las Empresas Sociales del Estado-ESE

- 13. Régimen Jurídico de los contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.
- 14. Los contrato de concesión para la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y principal

				C O N C L U S I Ó N C A P Í T U L O	543
				SEGUNDO.....	

				C A P Í T U L O T E R C E R O : S U J E T O S	
				C O N T R A C T U A L E S Y R E S P O N S A B I L I D A D	544
				D I S C I P L I N A R I A.....	

1.				Los servidores públicos como sujetos activos de la falta disciplinaria de naturaleza contractual.....	545
	1.1			F u n c i o n a r i o	546
				Público.....	
		1.1.1		E m p l e a d o o t r a b a j a d o r	553
				oficial.....	
		1.1.2		Miembros de Corporaciones Públicas; Juntas	
				Administradoras Locales y Juntas o Consejos	555
				Directivos.....	

	1.2			Responsabilidad Disciplinaria del servidor público en los casos de delegación, desconcentración y descentralización administrativa.....	630
		1.2.1		Noción de Descentralización, Delegación y Desconcentración de funciones.....	632
			1.2.1.1	La Descentralización.....	632
			1.2.1.2	Delegación de funciones.....	641
			1.2.1.3	Desconcentración de funciones.....	664
		1.2.1.4		La descentralización contractual y responsabilidad disciplinaria.	669
		1.3		Responsabilidad Disciplinaria, poder de instrucción y control jerárquico en el ejercicio de las funciones delegadas.....	675
		1.4		La responsabilidad en el ejercicio del control de tutela.....	677

		1.5		Responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria de los miembros del Consejo Directivo o Junta Directiva.....	678
		1.6		Responsabilidad Disciplinaria y control de tutela en el ejercicio de las funciones descentralizadas.....	682
		1.7		La Delegación Contractual y la Responsabilidad Disciplinaria.....	686

2.				Los particulares como sujetos activos de la falta disciplinaria de naturaleza contractual..... ...	708
----	--	--	--	---	-----

3. Las faltas disciplinarias de consultores, interventores, supervisores y contratistas de prestación de servicios externos.

				CONCLUSIÓN CAPÍTULO TERCERO....	709
--	--	--	--	--	-----

				TÍTULO SEGUNDO: EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL, DE PREPARACIÓN O FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	713
--	--	--	--	--	-----

				CAPÍTULO PRIMERO: LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS ESTATALES.....	715
--	--	--	--	---	-----

1.				Faltas disciplinarias y procedimientos de selección de contratistas estatales.....	716
		1.1		Las faltas disciplinarias gravísimas en la licitación pública.....	721
		1.1.1		Las faltas disciplinarias gravísimas en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.	740

		1.1.1 .1	<p>El tipo disciplinario contractual y la falta disciplinaria gravísima del numeral 30, artículo 48 de la Ley 734 de 2002</p> <ul style="list-style-type: none"> a) De la falta disciplinaria gravísima violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades b) De la falta disciplinaria gravísima por omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos. c) De la falta disciplinaria gravísima por contratación sin la obtención previa de licencia ambiental, permisos y autorizaciones previas d) De la falta disciplinaria gravísima por contratación sin los estudios jurídicos previos requeridos para la ejecución del contrato. 	
--	--	-------------	---	--

1.1.1				La falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.	
.2				<p>a) Falta disciplinaria por contratar incurriendo en detrimento al patrimonio público.</p> <p>b) Contratar con desconocimiento a los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa.</p>	
1.1.2	Las faltas disciplinarias graves o leves en la licitación pública conforme a los deberes y prohibiciones previstas en los artículo 34 y 35 de la Ley 734 de 2002				
1.1.3	Aspectos comunes a las distintas modalidades de selección de contratistas.				
1.2	Las faltas disciplinarias en las distintas modalidades de selección abreviada.				
1.2.1	La Selección abreviada para para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.				
1.2.2	La selección abreviada para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsa de productos.				
1.2.3	La selección abreviada para la contratación de menor cuantía.				
1.2.4	La selección abreviada para la contratación de prestación de servicios de salud				
1.2.5	La Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación pública				
1.2.6	La Selección abreviada para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuarias.				
1.2.7	La Selección abreviada para los actos y contratos con objeto directo de las actividades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta.				
1.2.8	La selección abreviada para los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilizadas y reincorporadas, población desplazada, protección de derechos humanos y población de alto grado de exclusión.				
1.2.9	La selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.				
1.2.3	Las faltas disciplinarias en el concurso de méritos				
1.2.4	Las faltas disciplinarias en la contratación directa				
1.2.4.1	De las causales de contratación directa				

2.				Actuaciones administrativas pre-contractuales.....	
	2.1			Publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los pliegos de condiciones definitivos.	747
	2.2			De la apertura y procedimiento de la licitación pública.....	747
	2.3			De las reglas de subsanabilidad del proceso de licitación pública.....	747
	2.4			Verificación de los requisitos habilitantes de las ofertas.....	747
	2.5			Verificación de los requisitos sometidos a evaluación o ponderación de la oferta....	747

2.6 Oferta artificialmente baja o alta

2.7 La declaración de desierta de los procesos de selección: Licitación, selección abreviada y concurso de méritos.

2.8 Suspensión y prórroga de los procesos de selección

2.9 Revocatoria directa del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección

2.10 La Audiencia de adjudicación del procedimiento de selección, suspensión y aplazamiento

2.11 El acto administrativo de adjudicación y revocatoria directa

3.	4.		Del juzgamiento disciplinario de los derechos y deberes de los servidores públicos responsables de la gestión contractual..... Del Juzgamiento disciplinario de los principios de contratación estatal.	747
	4.1		Del juzgamiento disciplinario del principio de economía.....	747
	4.2		Del juzgamiento disciplinario del principio de responsabilidad.....	748
	4.3		Del juzgamiento disciplinario del principio de transparencia..	748
	4.4		De la planeación contractual y Derecho disciplinario.	748

5.				<p>Faltas disciplinarias y garantía de seriedad de la oferta de la capacidad del oferente y del contratista estatal.....</p> <p>5.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para presentar ofertas y celebrar contratos</p> <p>5.2 Capacidad y competencia para ordenar la apertura de procesos de selección, suscribir y celebrar contratos estatales</p> <p>5.2.1 Capacidad y competencia por atribución de funciones</p> <p>5.2.2 Capacidad y competencia por delegación de funciones</p> <p>5.2.2.1 Delegación total en razón a la cuantía y a la fase contractual</p> <p>5.2.2.2 Delegación parcial en razón a la cuantía y a la fase contractual</p> <p>5.2.2.3 Delegación mixta en razón a la cuantía y a la fase contractual</p> <p>5.2.3 Capacidad y competencia por desconcentración y descentralización de funciones</p> <p>5.3 Del registro de proponentes</p>	748
				<p>C O N C L U S I Ó N C A P Í T U L O</p> <p>PRIMERO.....</p>	748

				CAPÍTULO SEGUNDO: CONDUCTA PRECONTRACTUAL, ADECUACIÓN TÍPICA Y JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO.....	749
1.				La adecuación típica, el juzgamiento disciplinario de los principios y reglas de contratación estatal en la fase precontractual por faltas disciplinarias.....	751
2.				La responsabilidad disciplinaria por faltas disciplinarias en la etapa precontractual.....	782
				CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.....	788
				TÍTULO TERCERO: EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA CONTRACTUAL O DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	791

				CAPÍTULO PRIMERO: LA ADECUACIÓN TÍPICA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.....	801
1.				El juzgamiento disciplinario de los principios y reglas de contratación estatal desde el perfeccionamiento, plazo y ejecución del objeto del contrato estatal.....	809
2.				La responsabilidad disciplinaria de los sujetos contractuales en la ejecución del contrato estatal.....	818
				CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.....	825
				CAPÍTULO SEGUNDO: LA FALTA DISCIPLINARIA EN LAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL O POSICIÓN PRIVILEGIADA DE LA ADMINISTRACIÓN... ...	826

1.			Potestades y facultades de las administraciones públicas como sujetos del contrato estatal.....	827
----	--	--	---	-----

2.			Cláusulas excepcionales-ordinarias al Derecho Común: Régimen de exorbitancia del Estado contratante.....	828
	2.1		Las Cláusulas Excepcionales al Derecho Común.....	831
	2.2		Tipología de las Cláusulas Excepcionales al Derecho Común....	833
		2.2.1	Caducidad Administrativa de los Contratos Estatales.....	833
		2.2.2	Terminación Unilateral de los Contratos Estatales.....	839
		2.2.3	Modificación Unilateral de los Contratos Estatales.....	842
		2.2.4	Interpretación Unilateral de los Contratos Estatales.....	844
		2.2.5	Sometimiento de los Contratos Estatales a las Leyes Nacionales.	845

			3.1.3. 3	E Oneroso.....	860
			3.1.3. 4	E Aleatorio.....	860
			3.1.3. 5	Es de ejecución sucesiva o tracto sucesivo.....	861
			3.1.3. 6	E Indemnizatorio.....	862
			3.1.3. 7	En Consideración a la Persona.....	863
			3.1.3. 8	De Buena Fe..... ..	863
			3.1.3. 9	D Adhesión.....	864
		3.1.4		Elementos Esenciales de las Garantías.....	866
			3.1.4. 1	El Interés Asegurable.....	867

			3.1.4.2	El Riesgo Asegurable.....	870
			3.1.4.3	La Prima o Precio del Seguro.....	872
			3.1.4.4	La Obligación Condicional del Asegurador.....	875
		3.1.5		Sujetos del Contrato Mercantil de Seguros.....	876
			3.1.5.1	E Asegurador.....	877
			3.1.5.2	E Tomador.....	880
			3.1.5.3	E Asegurado.....	883
			3.1.5.4	E Beneficiario.....	885
			3.1.5.5	Otros Sujetos que Intervienen.....	887

		3.1.6		Las Pólizas en el Contrato de Seguros.....	888
			3.1.6.1	Clases de Pólizas.....	892
			3.1.6.2	Otros Mecanismos de Cobertura del Riesgo.....	893
		3.1.7		De la Exención del Otorgamiento de Garantías.....	908
		3.1.8		De la Subrogación, Cesión y Prescripción de la Acción.....	912
			3.1.8.1	Subrogación.....	913
			3.1.8.2	Cesión.....	915
			3.1.8.3	Prescripción.....	917
	3.2			Cláusula de multas contractuales.....	922
	3.3			Cláusula penal pecuniaria contractual.....	923

4.			Atribuciones excepcionales del Estado contratante.....	924
	4.1		Terminación Unilateral en los Casos de Nulidad Absoluta : Auto-tutela Declarativa.....	925
	4.2		Atribución Excepcional de la Procuraduría General de la Nación de Solicitar la Suspensión de Actos, Actuaciones Administrativas y el Contrato Estatal.....	926
5.			La ecuación contractual y restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.....	930
6.			Actuaciones contractuales de las partes.....	930
7.			Adición del contrato, contrato adicional y mayores cantidades de obra.....	930
8.			Reconocimiento económico contractual por vía administrativa.....	931

9.				Verificación de los requisitos de ejecución del contrato.....	931
10.				Urgencia manifiesta y contratación directa.....	931
11.				Inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de i n t e r e s e s contractuales.....	931
12.				Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes contractuales.....	931
13.				Excepciones al régimen de inhabilidades e i n c o m p a t i b i l i d a d e s contractuales.....	931
14.				El juzgamiento disciplinario de los derechos y deberes de los servidores públicos responsables de la gestión contractual.....	931

15.				Del juzgamiento disciplinario por violación de los principios de la contratación estatal.....	931
	15.1			Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Transparencia.....	931
	15.2			Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Economía.....	931
	15.3			Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Responsabilidad.....	931
16.				Derecho disciplinario y nulidad de los contratos.....	
17.				Derecho disciplinario y tipologías contractuales.....	932

18.				Del juzgamiento disciplinario por violación del deber de objetiva.....	932
-----	--	--	--	--	-----

19. De la responsabilidad de los consultores, en especial de los diseñadores, interventores, supervisores y de los revisores fiscales de empresas que en desarrollo de su objeto social participe en procesos contractuales, celebre o ejecute contratos estatales.

				C O N C L U S I Ó N C A P Í T U L O SEGUNDO.....	932
--	--	--	--	--	-----

				TÍTULO CUARTO: EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA POSTCONTRACTUAL GENERADAS EN LAS DISTINTAS FORMAS DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	935
--	--	--	--	---	-----

				C A P Í T U L O P R I M E R O : L A F A L T A DISCIPLINARIA EN LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....	939
--	--	--	--	---	-----

1.				Liquidación del contrato, mutuo acuerdo, unilateral y judicial.....	939
----	--	--	--	--	-----

2.				De la solución controversias contractuales y el d e r e c h o disciplinario.....	943
----	--	--	--	--	-----

				CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.....	943
--	--	--	--	--	-----

				CAPÍTULO SEGUNDO: EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS POR LA OCURRENCIA DE DETRIMENTO PATRIMONIAL DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO Y LAS G A R A N T Í A S CONTRACTUALES.....	948
--	--	--	--	---	-----

1.				Las garantías en el Derecho Colombiano.....	950
----	--	--	--	--	-----

2.				De las garantías en el contrato estatal.....	955
	2.1			L a G a r a n t í a Precontractual..... ..	956

	2.2		La Garantía Contractual o Garantía Única.....	959
		2.2.1	Cumplimiento.....	959
		2.2.2	Buen Manejo de Anticipo.....	960
		2.2.3	Pago de Salarios y Prestaciones Sociales.....	961
		2.2.4	Calidad de bienes o servicio.....	962
		2.2.5	Pólizas de Estabilidad durante la Ejecución del Contrato.....	963
	2.3		La Garantía Postcontractual..... ...	963
	2.4		La Garantía por Responsabilidad Extracontractual.....	964
		2.4.1	Modalidad e intervinientes.....	965
		2.4.2	Amparos.....	965

		2.4.3		Mecanismos de Participación en la Pérdida, por parte de la Entidad Asegurada.....	966
		2.4.4		Protección de los bienes.....	967

3.				Régimen de garantías en la Ley 1150 de 2007.....	968
	3.1			Régimen de Garantías y sus Desarrollos Reglamentarios: Decretos No.4828 de 2008 y 2493 de 2009.....	971

4.				Control disciplinario al régimen legal de las garantías.....	974
----	--	--	--	--	-----

5.				Proceso de responsabilidad disciplinaria frente al daño patrimonial y garantías contractuales estatales.....	976
	5.1			Responsabilidad Disciplinaria derivada de la No Aplicación de la Garantía.....	977

				CAPÍTULO TERCERO: JUZGAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA FASE POSTCONTRACTUAL.....	989
1.				Juzgamiento disciplinario frente al incumplimiento de los derechos y deberes pos- contractuales.....	1009
2.				Juzgamiento disciplinario por violación del principio d e transparencia.....	1009
3.				Juzgamiento disciplinario por violación del principio d e economía.....	1009
4.				Juzgamiento disciplinario por violación del principio de responsabilidad.....	1009 tra

				CONCLUSIÓN	CAPÍTULO	1009
				TERCERO.....		
				TÍTULO QUINTO: DE LA COMISIÓN DE DELITOS EN DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.....		1010
				CAPÍTULO PRIMERO: CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS COMO FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA.....		1011
1.				El carácter abierto y subsidiario en la comisión de delitos de celebración indebida de contratos como faltas disciplinarias gravísimas.....		1011
2.				Del juzgamiento por la comisión de delitos de celebración indebida de contratos como faltas disciplinarias gravísimas.....		1014
	2.1			Suscripción de Contratos con Violación del Régimen Constitucional o Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades.....		1015

	2.2			Interés Indevido en la Celebración de Contratos.....1017	
	2.3			Suscripción de Contrato sin el Cumplimiento de los Requisitos Legales - Esenciales..... 2.4 Del principio de oportunidad en materia disciplinaria.	1020
				CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.	

--	--	--	--

CONTROL JURISDICCIONAL DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS ACTUACIONES DEL JUEZ DISCIPLINARIO.

1. La acción de Tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular o de grupo contra autoridades disciplinarias por vulneración de derechos constitucionales fundamentales y colectivos.
2. La acción de Nulidad Simple y d de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos administrativos disciplinarios.
 - 2.1 Ejecución administrativa y registro de las sanciones disciplinarias impuestas mediante acto administrativos ejecutoriados.
 - 2.2 Del deber de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado en las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, Personerías Distritales y Municipales y de las Oficinas de Control interno disciplinario.
 - 2.3 De la solicitud de aplicación de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado por parte de un sujeto disciplinario que crepite los mismos supuestos fácticos y jurídicos.
 - 2.4 Revocatoria directa de fallos disciplinarios sancionatorios, absolutorios y autos de archivo definitivos de la actuación disciplinaria a través de actos administrativos.
 - 2.4.1 Procedencia de la revocatoria directa de actos administrativos que contienen fallos disciplinarios sancionatorios y de los actos administrativos de archivo definitivo que concluya la actuación disciplinaria.
 - 2.4.2. Competencia para revocar los actos administrativos disciplinarios sancionatorios y de autos de archivo definitivo.
 - 2.4.3. Causales de revocación directa de los actos administrativos disciplinarios.
 - 2.5. La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho como medio de control de

CONCLUSIONES DEL CAPITULO SEGUNDO.

				CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE.....	1154
--	--	--	--	--	------

				C O N C L U S I Ó N GENERAL.....	1159
--	--	--	--	-------------------------------------	------

				BIBLIOGRAFIA.....	1164
--	--	--	--	----------------------------	------

PRESENTACIÓN

Con el apoyo la casa Editorial Doctrina y Ley, me permito en ésta oportunidad presentar el Tomo II de la obra La Responsabilidad Contractual en el Derecho de los Contratos Estatales, titulado *“Teoría y Dogmática de la Falta Contractual y Derecho Disciplinario de los Contratos Estatales”*, donde he tenido la oportunidad de desarrollar la teoría del derecho disciplinario, en especial de la falta disciplinaria como categoría jurídica de esta disciplina del derecho sancionatorio, cuando tiene como objeto material la realización de una conducta de un sujeto disciplinable en virtud de las relaciones especiales de sujeción, cuando con ocasión o en razón a sus deberes funcionales y conforme a la categoría jurídica de tipicidad, autoría y participación incurre en un comportamiento ya en la actividad pre-contractual, contractual y postcontractual del Estado ya como autor, coautor, interviniente o partícipe o determinador de una falta disciplinaria contractual.

En este trabajo académico-investigativo, que he venido desarrollando durante los últimos diez años, analizo las distintas categorías teórico-jurídicas del derecho disciplinario, así como del derecho de lo contratos estatales desde la perspectiva de los distintos regímenes de contratación estatal, mostrando la evolución de la jurisprudencia Superior y Contencioso administrativa de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respectivamente; así como de la doctrina desarrollada por la academia y la misma Procuraduría General de la Nación sobre los distintos institutos, categorías y tópicos de que se ocupa el derecho disciplinario y el derechos de los contratos estatales.

Así mismo, con este trabajo tengo la oportunidad de enriquecerlo con mi experiencia en el

derecho disciplinario y la contratación estatal en los distintos roles que he ejercido alrededor de éstas disciplinas durante 17 años de mi vida profesional como estudiante de preparatoria y posgrado, Abogado, investigador y profesor en derecho disciplinario y contratación estatal, servidor público titular de competencias para el ejercicio de la acción disciplinaria en asuntos contractuales de la Procuraduría General de la Nación, como servidor con funciones de Ministerio Público en la Procuraduría Novena Judicial Administrativa ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como Asesor Proyectista de conceptos de Intervención de la Procuraduría General de la Nación ante los procesos de inexequibilidad que se surten ante la Corte Constitucional; servidor público titular de control fiscal a la gestión contractual en la Contraloría General de la República y Contraloría de Bogotá D.C; y como asesor jurídico de la gestión contractual en el Ministerio del Interior y de la infraestructura del Distrito Capital. Finalmente, señalo el único rol que me faltaba en relación a los contratos estatales experimentar, y es la de haber soportado, padecido la calidad de sujeto penal, disciplinario y fiscal de las acciones estatales en materia de contratación administrativa, así como de las pasiones que implica el ejercicio del control político.

Este Tomo II de la obra, ha sido desarrollado con la debida actualización y concordancia de la Ley 1474 del 12 de Julio de 2011, *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, modificatoria de la Ley 43 de 1990 sobre el ejercicio de la profesión de Contador y las actividades de revisoría fiscal; Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; la Ley 87 de 1993, sobre normas relativas al ejercicio del control interno; la Ley 599 de 2000 por el cual se expide el Código Penal; la Ley

610 de 2000, por la cual se expide el régimen del proceso de responsabilidad fiscal; la Ley 678 de 2001, por el cual se expide el régimen jurídico de la Acción de repetición; la Ley 734 de 2002, por el cual se expide el Código Disciplinario Único; la Ley 906 de 2004, por el cual se expide el régimen del procedimiento penal del Sistema Acusatorio; la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos; y concordado con la ley 1437, por la cual se expide e Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; la Ley 1438 de 2001, sobre prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud; y la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se reforma el Código penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

La experiencia reciente de la última década, que ha vivido el Estado colombiano en sus distintos niveles en la gestión contractual de las administraciones públicas, impuso el deber al legislador de tomar medidas preventivas y de eficacia para garantizar el logro de los cometidos estatales a través de los contratos estatales, así como también garantizar que el contratista sea un verdadero colaborador del Estado, y evitar que se convierta en un gestor privado que utilice el contrato para enriquecerse de manera ilícita, malversando no sólo los recursos y servicios públicos confiados en virtud del contrato estatal, sino también los anhelos, los sueños, y aspiraciones de una comunidad, de satisfacer necesidades públicas.

Considero oportuno proponer que en materia disciplinaria es necesario que el legislador

incorpore en el Código Disciplinario Único los diferentes mecanismos de colaboración con la justicia disciplinaria, que ha incorporado en el ordenamiento jurídico la legislación penal, tales como el principio de oportunidad y política criminal, los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado, a cambio de la obtención de beneficios para el justiciable conforme a los artículos 321 y 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en especial el principio de oportunidad para el delito de cohecho previsto en el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011, pero también para la administración de justicia en la medida en que le permite al Estado el desmantelamiento de organizaciones criminales, administrar de manera pronta y cumplida justicia, con el debido aprestigiamiento de la misma, y garantizar la realización y materialización de *"verdad, justicia y reparación"*.

En mi sentir, la misma finalidad que persigue el instituto anteriormente descrito en materia penal y de política criminal, debe perseguirlo la ley disciplinaria, esto es, que el servidor público que pueda invocar alguna de las causales previstas en los artículos 323 y 324 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011, pueda solicitarlo al Señor Procurador General de la Nación quien previa valoración procederá a aceptar la condición del justiciable como colaborador de la justicia disciplinaria a cambio de los beneficios que el legislador ordinario establezca en atención a la regulación legal que haga en materia de la definición, alcance, procedencia, procedibilidad, causales, aplicación y control de legalidad del principio de oportunidad disciplinario.

Por último, quiero explicar como las decisiones y opiniones de los operadores disciplinarios, llámese jueces disciplinarios o servidores públicos de las personerías o Procuraduría, por ser

precisamente operadores del derecho como causa y como efecto, está movida no solo por la aplicación de las disciplinas que se ocupan de estudiar el derecho desde un punto de vista interno como la teoría general del derecho y la dogmática, que les permite aplicar la norma jurídica desde la perspectiva del principio de legalidad del tipo disciplinario y de la sanción, acudiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, sino que por encima de ello los operadores jurídicos buscan en el derecho una respuesta a la situación de incertidumbre y conmoción que genera en la opinión pública hechos, conductas, comportamientos y faltas disciplinarias sensibles a la comunidad, respuesta que no encuentran en las disciplinas jurídicas que estudian el derecho desde el punto de vista interno como la teoría general del derecho y la dogmática jurídica, sino precisamente las decisiones que se buscan son de impacto y de respuesta a esa comunidad. Para ello se acude a disciplinas extrajurídicas que se ocupan de estudiar el derecho desde el punto de vista externo, como son la sociología jurídica y la filosofía del derecho; ya que la *sociología del derecho o sociología jurídica*, siendo una ciencia empírica estudia el derecho actual, describe un sector de la realidad y controla los datos y los resultados que obtiene desde el plano científico; y la *filosofía del derecho o filosofía jurídica*, estudia problemas destacados de actualidad, que desde el punto de vista filosófico pretende ofrecer sugerencias o prescripciones acerca de lo que debe o no hacerse, es decir, no se queda en la descripción o análisis, sino que se atreve a señalar o plantear soluciones. De allí, que las decisiones en el derecho disciplinario que toman los operadores y funcionarios titulares de la acción disciplinaria en ocasiones están motivadas y orientadas por esas reglas y prescripciones que le sugiere la filosofía y sociología del derecho disciplinario para tomar de decisiones de impacto a la opinión pública, situación que si no coincide con el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones, con los elementos de tipicidad, autoría, participación y culpabilidad, dado que son decisiones

adoptadas mediante actos administrativos complejos, definitivos, individuales, particulares y concretos afectan derecho personales y por ende susceptibles de ser impugnados ante el juez administrativo, que al examinar su legalidad no tiene en cuenta que en el momento en que se expidió sirvió para causar decisiones de impacto en la opinión pública y en los medios de comunicación, privilegiando la aplicación de la disciplina de la sociología y filosofía del derecho disciplinario sobre la teoría general del derecho y la dogmática del mismo derecho disciplinario y por ende por encima del derecho disciplinario legislado y jurisprudencial. El juez administrativo no examina esas circunstancias, en un escenario posterior ya calmado y lejos de la influencia de ese estado e opinión la juridicidad impone el deber al juez administrativo de verificar si es posible o no desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo, tales como examinar si el acto fue expedido por funcionario competente; o contrariando el ordenamiento jurídico, es decir, con violación a la ley; con violación al debido proceso, al derecho de audiencia, al contradictorio que incluye el derecho a la recta, adecuada valoración de las pruebas, al decreto y práctica de las mismas con los criterios de conducencia, pertinencia, procedencia y utilidad de la prueba; si el acto incurre en expedición irregular, esto es pretermitiendo parcial o totalmente alguna etapa, fase o procedimiento, o sin resolver algún incidente de nulidad, impedimento, recusación o conflicto de intereses; si el acto fue expedido con falsa motivación, esto es cuando el acto fue expedido no fundado en los hechos, pruebas que obran en el proceso que deben ser adecuados a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como a las formas de autoría y participación, sino que el acto por el contrario fue expedido influenciado o motivado por lo que sugiere la filosofía y la sociología del derecho y es dar una respuesta de impacto en la comunidad, lo que hace que la decisión sea incongruente con los hechos y pruebas allí obrantes. Por último, el juez administrativo igualmente examina si el acto

administrativo disciplinario cumple con la finalidad de sancionar a los sujetos del derecho disciplinario infractores de los deberes, prohibiciones, régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses o en general quienes lesionen los bienes e intereses jurídicos estatales que protege el derecho disciplinario para evitar que se afecte la adecuada y correcta marcha de la gestión pública. Cuando esta finalidad no la persigue el acto administrativo, porque la decisión no corresponde a los hechos y pruebas, a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y a las formas de autoría y participación, sino que busca unas finalidades distintas a la que persigue el derecho disciplinario tales como satisfacer intereses políticos, sociales, culturales, sexo, raza, credo, económicos, gremiales, de la industria de la comunicación social, se habrá incurrido en desviación o abuso de poder por parte de los personeros o procuradores de turno.

Por fortuna como el juez administrativo conoce de la legalidad del acto de manera posterior a su expedición, en un escenario de control externo, y en ocasiones las decisiones finales se producen cuando ya los personeros y procuradores se les vencieron los periodos, eso se convierte en garantía del administrado afectado ya que la decisión del juez está desprovista de los análisis que sugiere la filosofía y la sociología del derecho en su aplicación; pues estas disciplinas sociológicas y filosóficas del derecho están dadas no para la aplicación del derecho sino para la producción del mismo, esto que se expidan las normas como respuesta a la sociedad, mientras que la teoría general del derecho y la dogmática jurídica son disciplinas propias que están destinadas a orientar u sugerir la aplicación del derecho.

INTRODUCCIÓN

En Colombia desde la academia jurídica, se ha venido realizando estudios sobre la ciencia del derecho y sus ramas, con el propósito de establecer las causas y efectos que motivan la producción de sus normas u ordenamientos, ya que como lo afirma K. OLIVECRONA (1887-1980), el derecho es el eslabón en la cadena causa y efecto. Lo anterior, nos conduce a afirmar que las normas jurídicas son, por un lado, efectos producidos por ciertas causas, y por otro, son causas productoras de ciertos efectos.

Los estudios a que hemos hecho referencia, han tenido como objeto material las distintas ramas del derecho y sus áreas de conocimiento, salvo el derecho disciplinario de quien se requiere un análisis como disciplina autónoma desde el punto de vista externo e interno, de tal manera que sea —útil y se constituya en una herramienta para la aplicación de todas sus categorías jurídicas

frente a las distintas formas de comportamiento de los sujetos del derecho disciplinario, en especial de quienes en razón o con ocasión de un contrato estatal incurren en falta disciplinaria.

Los factores causantes o condicionantes de las normas jurídicas, los podemos agrupar en dos: (i) De una parte, las condiciones de vida de una sociedad, y de otra, (ii) las finalidades perseguidas por los miembros de la misma. La primera, está compuesta por la dinámica misma de la sociedad tales como las relaciones laborales, familiares, o de los particulares entre sí, que pueden estar influidas por factores físicos, biológicos, religiosos, económicos, políticos y que pueden dar lugar a la creación de una norma jurídica. Por ejemplo, el abuso frecuente de la urgencia manifiesta, como herramienta para la contratación directa, condiciona la creación de una norma jurídica para tipificar esta conducta como falta disciplinaria gravísima, de tal manera que sea un mecanismo de protección, para evitar que el agente estatal siga incurriendo en ella, o tipificarla como delito, de aquellos de interés ilícito en la celebración de contratos estatales, o de celebración de contrato sin el lleno de los requisitos esenciales legales.

La segunda, consiste en las finalidades perseguidas por los miembros de la sociedad como factores causantes o condicionantes de las normas jurídicas, ya que éstas serán unas u otras según los objetivos económicos, sociales, políticos que se persiguen. Ejemplo, la necesidad de realizar un estudio de mercado previo a la apertura de los procesos selectivos para escoger el contratista estatal, ya sea mediante licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o de contratación directa, para evitar que la Administración suscriba contrato estatal, con sobre-precios y/o sobre-costos. Con ello se pretende la protección del patrimonio público en tanto los bienes y servicios que adquiere el Estado debe hacerse de manera objetiva, a los

precios en que efectivamente determina el mercado y las leyes de la oferta y la demanda. Existe sobreprecios, cuando el bien o servicio objeto del negocio contractual se pacta por encima de los precios en el mercado al momento de contratar, y el sobre costo se presenta cuando habiendo pactado un bien o servicio al precio que efectivamente se encuentra en el mercado al momento de contratar, pero cuando se va a suministrar el bien o servicio contratado o a ejecutar la obra pactada, este se paga a precios superiores a los inicialmente pactados, ya porque los precios subieron por causa del mercado, o porque el contratista suministra una mejor calidad de la prevista para el producto, bien o servicio objeto del contrato.

Las normas jurídicas, además, son causas productoras o determinantes de ciertos efectos que se traducen en el comportamiento jurídico que asumen los sujetos jurídicos destinatarios de dichas normas, ya que estos actúan influidos o condicionados por dichas normas. De allí, que las normas jurídicas ocupen una posición intermedia entre los múltiples factores que las condicionan y las consecuencias que ellas mismas producen, y someten la disciplina del derecho a un estudio tanto externo como interno.

Por ello, los distintos operadores jurídicos, ya sea el juez contencioso administrativo, el juez penal, fiscal o disciplinario deben apropiarse de esas normas, para resolver las tensiones que se presenten entre la aplicación de la norma jurídica de naturaleza contractual, la conducta de los sujetos destinatarios de esas normas, y el deber-ser, es decir, el deber funcional previsto en el ordenamiento jurídico que somete a los servidores públicos, a los particulares que ejercen funciones públicas, y a los particulares que se obligan con el Estado a través de las

estipulaciones previstas en los contratos estatales.

Si el juez disciplinario, penal, fiscal o contencioso administrativo no tiene en cuenta las disciplinas de la sociología jurídica, la filosofía jurídica, la teoría especial del derecho y de la dogmática del derecho, aplicada a la rama de la que es especialista el administrador de justicia, así como tampoco tiene en cuenta los factores que condicionan la producción de las normas que integran en este caso concreto *“el derecho de los contratos estatales”*, y los efectos que ellas producen en su aplicación, y soslaya igualmente la controversia social que la norma pretende resolver, difícilmente podrá aplicar pronta y cumplida justicia en los precisos términos en que lo ordena la Constitución y la Ley. Eso significa la independencia del juez y el sometimiento de éste a la ley en sentido material, esto es la Constitución, la ley y demás normas del ordenamiento jurídico vigente.

Lo anterior, de presentarse daría lugar a que se cause un daño antijurídico al justiciable, que no está obligado a soportar, por administración defectuosa de la justicia, o por actuación administrativa arbitraria, vía de hecho, abuso de poder, o contraria al ordenamiento jurídico, que en el primero de los casos, da lugar a la reparación del daño si es producto de una sentencia judicial producida por el juez administrativo o el penal; y en los siguientes casos, a la nulidad del acto administrativo ilegal y dañino, y al restablecimiento del derecho del afectado, si es producto de una sanción fiscal o disciplinaria expedida mediante acto administrativo por la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales, la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales y municipales, así como de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades estatales y de los particulares sujetos a este régimen, ya que estas

decisiones están contenidas en actos administrativos sometidos al control del juez de la administración.

La teoría analítica del Derecho propone su estudio desde dos puntos de vistas, de tal manera que el operador jurídico disciplinario en relación al contrato estatal, pueda aplicarlo materialmente en su justo sentido, así:

- a) Estudio del Derecho desde el punto de vista externo
- b) Estudio del Derecho desde el punto de vista interno.

El estudio externo de las normas jurídicas, observa el derecho como fenómeno social, a partir de factores condicionantes relacionados con el derecho, pero que no hacen parte de él, y por ende están fuera de esta disciplina.

El estudio externo del derecho se realiza a través de dos disciplinas jurídicas a saber:

- (i) La “*sociología jurídica*”, igualmente conocida como la “*sociología del derecho*”
- (ii) La “*filosofía jurídica o filosofía del derecho*”.

La *sociología del derecho o sociología jurídica*, que siendo una ciencia empírica estudia el derecho actual, describe un sector de la realidad y controla los datos y los resultados que obtiene desde el plano científico; y la *filosofía del derecho o filosofía jurídica*, que estudia problemas destacados

de actualidad, que desde el punto de vista filosófico pretende ofrecer sugerencias o prescripciones acerca de lo que debe o no hacerse, es decir, no se queda en la descripción o análisis, sino que se atreve a señalar o plantear soluciones.

El estudio del derecho desde el punto de vista interno, por su parte, es el que se realiza el jurista a través de dos disciplinas jurídicas, así:

- (i) “*La teoría general del derecho*” desde el plano filosófico
- (ii) “*La dogmática jurídica*” desde la óptica científica.

La primera de ellas, es decir *la teoría general de derecho*, estudia aspectos comunes a todas las ramas o sectores del derecho, que se concreta en el desarrollo de tres herramientas jurídicas a saber:

- (a) “*La teoría de la norma jurídica*”, que se ocupa de la interpretación de las normas jurídicas, de la filosofía del lenguaje jurídico contenido en las normas y de la ontología jurídica.
- (b) “*La teoría de los cuerpos jurídicos*” que se ocupa de todo lo relativo a los procedimientos de creación de las normas jurídicas (leyes, decretos), interpretándolas con criterio sistemático e integrador;.
- (c) “*La teoría del sistema jurídico*” que estudia las normas jurídicas que integran el derecho de un Estado, pertenezcan o no al mismo cuerpo jurídico.

La dogmática jurídica, por su parte, estudia desde el punto de vista científico el derecho actual de un Estado por ramas, es decir, derecho civil, comercial, administrativo, constitucional; y los estudios sectoriales de cada disciplina que poseen una autonomía relativa respecto de las demás, constituyendo una especialidad y saber sectorial respecto al derecho en su totalidad.

La dogmática entonces, al decir, del profesor RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, es un conjunto de saberes o teorías sectoriales integrada por una dogmática jurídico penal, por una dogmática jurídico civil, por una dogmática jurídico disciplinaria etc, que consiste en la elaboración o construcción doctrinaria en el escenario científico de una teoría acerca de esa rama del derecho, de tal manera que al experto en ella se le llama especialista.

La semejanza entre la dogmática jurídica y la teoría del derecho, consiste en que ambas estudian el derecho desde el punto de vista interno, pero se diferencian en la medida, que la primera se limita a estudiar con carácter particularista la rama del derecho u ordenamiento jurídico que le corresponde, con el fin de ofrecer soluciones a problemas jurídicos concretos; mientras que la segunda, estudia con una visión generalizada a todos los aspectos comunes a varias ramas del derecho o a todos los ordenamientos jurídicos.

La Teoría General del Derecho se ocupa por ejemplo, del estudio de las categorías jurídicas del derecho sancionatorio -el derecho penal, disciplinario y contravencional-, dado que son instituciones comunes a cada una de esas subdisciplinas. Tales categorías jurídicas son: El principio de reserva legal, el principio de legalidad de la sanción, la legalidad del tipo penal o

disciplinario, las formas propias del juicio o debido proceso, el derecho al contradictorio probatorio, el principio de proporcionalidad en la tasación o dosimetría de la sanción.

Como observamos al ser instituciones propias a la Teoría General del Derecho, se estudian genéricamente desde esta técnica, pero su destino es la aplicación común de estas instituciones a todas las ramas del derecho sancionatorio.

Ahora bien, la forma como se apliquen estas instituciones al interior de cada disciplina del derecho sancionatorio, es la que las hace diferentes y justifican la coexistencia del derecho penal, fiscal y disciplinario, pues cada una de las sanciones se imponen sin perjuicio una de la otra, pues apuntan a proteger bienes e intereses jurídicos distintos.

En el derecho penal, por ejemplo, se presenta el caso del delito de interés ilícito en la celebración de contratos, donde la sanción punible al tiempo que tiene un fin protector de la sociedad, de los principios constitucionales de la función administrativa; frente al sujeto pasivo de la acción penal tiene el fin rehabilitador, resocializador y protector del delincuente contractual, pero frente a la sociedad cumple un fin además ejemplarizante.

La misma conducta del operador contractual por su parte, da lugar a la configuración de una falta disciplinaria gravísima, cuya sanción prevista en el Código Disciplinario Único-CDU- es la destitución del empleado del cargo público e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas y para contratar con el Estado por el término de diez a veinte años, según la tasación cuantitativa del funcionario disciplinador, con el fin de proteger la función

administrativa y la garantía de la adecuada marcha de la gestión pública, ya sea ejercida mediante gestión directa del Estado o a través de gestión privada a través de particulares o mediante gestión mixta, que consiste en el partenariado público-privado.

La conducta anteriormente descrita, para efectos del derecho penal y disciplinario, se sanciona con fundamento en unos principios propios de la teoría general del derecho aplicables en forma común a todas las ramas del derecho sancionatorio, pero con técnicas científicas distintas, que es la que aplica al operador judicial o administrativo, al juzgamiento y sanción concreta de la conducta, a través de la dogmática jurídica de cada rama del derecho sancionatorio en particular. De allí, que mientras en el derecho punible el Estado ejerce la acción penal para proteger bienes jurídicos personales, institucionales y colectivos tutelados en el tipo penal; en el derecho disciplinario la ejerce, para garantizar la adecuada marcha de la gestión pública.

En nuestro medio jurídico académico, observamos que existen múltiples estudios sobre diversas materias, temas y asuntos propios del derecho constitucional, penal, laboral, civil, comercial, administrativo desde el punto de vista externo, es decir, realizados por especialistas en sociología y filosofía jurídica; así como también se ha realizado estudios sobre las mismas disciplinas del derecho, pero desde el punto de vista interno, es decir, por expertos en dogmática jurídica y en teoría general del derecho; pero así mismo encontramos, que no se conoce investigación reciente cuyo objeto de estudio sea el derecho disciplinario y sus categorías jurídicas tanto desde el punto de vista externo como interno, es decir, desde la Sociología Jurídica y la Filosofía Jurídica, la Teoría General del Derecho, y la Dogmática

Jurídica, respectivamente.

De allí la importancia de este trabajo, que como esfuerzo académico-investigativo, se propone realizar un estudio tanto externo como interno del derecho disciplinario, ausente en nuestro medio; ya que es una rama del derecho autónoma excepcional, que para su aplicación finalística debe acudir a las distintas disciplinas que se encargan de uno u otro estudio, así desde el punto de vista externo, debe tenerse en cuenta para la aplicación de las normas jurídicas, que el derecho disciplinario es efecto y causa, es decir, debe observarse los factores externos causantes que dieron lugar a la expedición del Código Disciplinario Único, a la regulación de las faltas disciplinarias tanto abiertas como cerradas, así como de las sanciones y finalidades que persigue el juzgamiento de las conductas, la aplicación de las sanciones, y el condicionante que asume el destinatario de la norma, que para éstos efectos son los servidores públicos y los particulares sujetos del régimen disciplinario que incurran en conductas en relación o con ocasión del contrato estatal, en cuanto la norma le indique el deber de actuar o de abstenerse de hacerlo – deber legal de acción o deber legal de omisión.

Este es el objeto de estudio para el caso concreto de la sociología del derecho disciplinario, ya que el operador jurídico debe enmarcar la conducta del sujeto, teniendo en cuenta si el servicio que presta el justiciable es esencial para la entidad, la jerarquía que el servidor público investigado tiene en la entidad, el objeto material de la conducta, si el investigado infringió un deber que material y objetivamente afectó el correcto funcionamiento de la función pública o administrativa, ya sea en relación con un miembro de la comunidad o de un colectivo de personas etc.

Por su parte, la filosofía del derecho disciplinario que se encarga del estudio externo de esta rama, debe tenerse en cuenta para la aplicación del Código Disciplinario Único, en razón a que nos marca la pauta de la moral y la ética pública, ubicándonos en un marco temporal y espacial que permita analizar las conductas o faltas disciplinarias en un plano de actualidad, de tal manera que dada su connotación y trascendencia para la sociedad y el interés público, requiere que el juzgador adelante el proceso disciplinario por el procedimiento verbal, o que se disponga la suspensión provisional del servidor público, como medida cautelar para evitar que la conducta actual siga produciendo los efectos que el legislador dispuso evitar y prevenir, o que se garantice la imposición de una sanción verdaderamente ejemplarizante.

Ahora bien, si estudiamos el derecho disciplinario, desde el punto de vista interno, es decir, desde la perspectiva de la teoría general derecho y de la dogmática jurídica, podemos señalar que lo observamos desde tres componentes: *la interpretación de las normas jurídicas disciplinarias, la filosofía del lenguaje jurídico de sus normas disciplinarias, y la ontología jurídica disciplinaria.*

La primera de ellas-la interpretación de las normas jurídicas disciplinarias-, hace relación a los métodos de interpretación del conjunto de normas jurídicas disciplinarias tanto cerradas como abiertas, de tal manera que las primeras, las interpretamos conforme a los principios rectores del CDU, y las segundas, debemos interpretarlas de tal forma que podamos conciliar los principios orientadores del derecho disciplinario, con los que rigen la regulación especial normativa sectorial, a la cual acudimos para estructurar la falta disciplinaria abierta.

A manera de ejemplo, se trata de conciliar los principios rectores de la norma disciplinaria, con la esencia propia del régimen de contratación pública, cuando quiera que para estructurar la falta debemos integrarla entre la Ley 734 de 2002- Código Único Disciplinario CDU-, y la norma de contratación aplicable al comportamiento contractual concreto. Sin una adecuada interpretación y conocimiento del derecho disciplinario legislado y de las normas extra-disciplinarias que hacen parte de él, no podríamos aplicarla en su justo sentido o por lo menos con sujeción al principio de legalidad contractual integrado por múltiples regímenes de contratación estatal.

En segundo lugar, observamos *la filosofía del lenguaje jurídico disciplinario*, descrito en cada una de las normas disciplinarias tanto sustanciales como procesales, que nos permite identificar las normas disciplinarias como descriptoras de faltas abiertas o cerradas, como calificadoras de faltas gravísimas, graves o leves; y como clasificadoras de infracción a deberes por vía de acción o de omisión, o de conductas de prohibición, identificadoras de los elementos intencionales, es decir, si son faltas a título de dolo o de culpa, si desde el punto de vista del tipo de discurso son prescriptivas o no; si desde el punto de vista de su precisión son vagas e imprecisas; si desde el punto de vista de su alcance son generales o individuales, si desde el punto de vista de su alcance son normas nacionales, regionales o locales; y en cuanto al juzgamiento de las conductas que constituyen faltas disciplinarias, nos permiten establecer cuáles son las normas, reglas y principios de contratación estatal.

Por su parte, *la ontología del derecho disciplinario*, se ocupa del estudio de la naturaleza de las normas jurídicas y del derecho en cuanto tiene repercusiones prácticas que influyen en la

manera de resolver casos litigiosos. De allí, que al aplicar el derecho disciplinario, debe tenerse en cuenta que es de naturaleza sancionadora, que las sanciones tienen el fin correctivo y ejemplarizante; y de otra parte debe tenerse en cuenta si la conducta constitutiva de la falta es la infracción a una norma sustancial o una procesal, si son de naturaleza judicial, legislativa o administrativa y si teniendo en cuenta la naturaleza esencial del servicio al que apunta la norma, se aplica la sanción en el grado que le permite el legislador al juez disciplinario, conforme al principio de proporcionalidad de la sanción con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta típica.

Así mismo, *la Teoría del Derecho Disciplinario*, está integrado (i) *por la teoría de los cuerpos jurídicos*, que no es cosa diferente al derecho disciplinario legislado, que en términos formales es el conjunto de normas que lo integran, teniendo como norma principal el Código Disciplinario Único, hasta llegar a las demás leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, ordenanzas, circulares, órdenes administrativas a las que debemos acudir para estructurar la falta disciplinaria, que para efectos de este estudio, lo constituye el conjunto de normas que hemos denominado “*derecho de los contratos estatales*”, integrado por tres tipos de normas a saber:

a) *El régimen general de contratación* contenido en el Estatuto General de Contratación Pública y sus reformas-Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios, y demás actos administrativos nacionales, regionales y locales;

(b) *Regímenes especiales de contratación pública en razón al objeto del contrato*, y

c) *Regímenes especiales en razón a la naturaleza jurídica de los sujetos contratantes.*

Otra de las categorías de la teoría general del derecho disciplinario, es “*la teoría del sistema u ordenamiento jurídico*”, que se ocupa de las relaciones entre las normas jurídicas, cualquiera que sea la rama del derecho y el cuerpo jurídico en que se presente. Esta, concibe el derecho disciplinario como un sistema, en el que el Código Disciplinario Único es sólo uno de sus componentes, ya que en materia procesal de acuerdo a la naturaleza de la actuación, nos remitiremos al Código de Procedimiento Civil, al Código Contencioso Administrativo, al Código de Procedimiento Penal, o al Código Procesal Laboral; y si se trata de la infracción a una norma sustancial cuya descripción constituye una falta disciplinaria abierta, debemos integrar con el Código Disciplinario Único, la norma correspondiente del Estatuto de Contratación Estatal, de los Códigos Penal, Civil, Laboral, el Código de Régimen Departamental, Municipal, Distrital de Bogotá, el Estatuto de Presupuesto respectivamente, según la conducta que se haya cometido.

De allí, que podamos afirmar, que la teoría del derecho se ocupa de estudiar todas las instituciones del derecho disciplinario que sean comunes a las demás ramas del derecho, con el fin de poder resolver problemas de antinomias normativas, o de cualquier tipo que se ofrezcan o presenten en su operación.

Por último, encontramos que la dogmática del derecho disciplinario, que es la ciencia del derecho por antonomasia, se ocupa de estudiar el derecho actual, por oposición a la historia del derecho que estudia el derecho del pasado. Así las cosas, la dogmática del derecho

disciplinario, estudia las distintas categorías tanto sustanciales como procesales del Código Disciplinario Único, desde el estudio de los principios rectores, la competencia, las faltas, las sanciones, hasta el procedimiento disciplinario y sus componentes, así como aquellas instituciones que le son de su naturaleza esencial y exclusivas.

La ausencia de un estudio tanto externo del derecho disciplinario que arroje la sociología jurídica, la filosofía jurídica, como interno de la teoría general del derecho disciplinario, y de la dogmática jurídica del derecho disciplinario, nos permitió adelantar este trabajo académico-investigativo para analizarlo desde un enfoque analítico integral, que se dirija hacia la construcción de una teoría de la falta disciplinaria a partir de la conducta contractual como categoría jurídica del derecho público de los contratos estatales; y de una dogmática del derecho disciplinario como rama autónoma, para la protección del interés jurídico del Estado en el juzgamiento del ilícito contractual.

En Colombia, la doctrina y la jurisprudencia han venido avanzando en la construcción de una teoría del derecho disciplinario de carácter autónomo-la especie-, que hace parte del derecho sancionatorio-el género-, emanado de las facultades estatales del *ius-puniendi*. En este sentido, encontramos que el fin principal que persigue el Estado con el derecho disciplinario, es el de salvaguardar el correcto ejercicio de la función pública y administrativa, ejercida por los servidores públicos o por los particulares.

Con todo, es necesario que nos ocupemos a continuación al estudio tanto del principio de

legalidad contractual, como el contenido mismo del juicio disciplinario que recae sobre una conducta o comportamiento de los sujetos-servidores públicos- del derecho disciplinario. Tanto en la etapa preparación, ejecución y liquidación del contrato estatal, como en el ejercicio de las facultades contractuales estatales, se pueden presentar cualquiera de las formas de manifestación de las autoridades públicas-acción u omisión-, lo que nos muestra que en el juzgamiento disciplinario de los comportamientos de los sujetos del contrato estatal, se puede verificar la existencia de conductas descritas como faltas gravísimas, materializadas en el contrato estatal, como actos, hechos, omisiones y operaciones administrativas sujetas a control disciplinario, pero también sujetas al control fiscal, penal y contencioso administrativo.

Es el contrato estatal sin duda, la institución más importante del derecho público contemporáneo, en especial del derecho administrativo, no sólo porque es un instrumento para ejecutar todos los recursos de inversión en los programas, planes y proyectos de desarrollo económico y social en sus distintos niveles estatales; sino también porque es el negocio jurídico por excelencia, a través del cual, el Estado realiza sus actividades corporativas y misionales, ya tanto administrativas como de naturaleza industrial y comercial, clave en un Estado social, democrático, participativo y constitucional de derecho, que garantiza la libre competencia, el libre ejercicio de la iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad individual y demás libertades económicas.

Así mismo, el Estado con el contrato estatal cumple con sus cometidos esenciales, cuando por ejemplo, el objeto del contrato es la adquisición de los distintos bienes y servicios para

satisfacer las necesidades públicas y de interés general que requiere la entidad pública, razón por la cual al estar comprometido de la prestación de servicios o funciones administrativas, los particulares también pueden mantener con el Estado unas relaciones especiales de sujeción que lo hacen disciplinables.

Este punto de encuentro entre el derecho disciplinario y el derecho público de los contratos estatales, es la falta disciplinaria que se constituye en el objeto de este trabajo académico-investigativo, ya que a partir del Código Disciplinario Único, este se concibe como una categoría jurídica sustancial del derecho disciplinario, en tanto todos los tipos que se estructuran a partir de una actuación contractual de un agente estatal, constituye falta disciplinaria gravísima, en virtud del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, o falta leve o grave, previstas en virtud de lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del Estatuto Disciplinario Único.

Ahora bien, luego de ocuparnos de introducir a este trabajo las distintas categorías del derecho disciplinario, nos ocuparemos de los problemas que se generan para el operador disciplinario, en la praxis disciplinaria-contractual, o sea, en el ejercicio del proceso de adecuación típica entre la conducta contractual y la falta. Es por ello, que este trabajo tiene la pretensión de que nuestra propuesta analítica del derecho disciplinario, del derecho público de los contratos, y en especial, de la falta disciplinaria de naturaleza contractual, sea un instrumento útil y orientador para los operadores del derecho disciplinario, para aportar soluciones a los problemas concretos que se presenten en el juzgamiento disciplinario de los contratos estatales, y que el operador jurídico disciplinario debe resolver.

La tipicidad que describe el legislador disciplinario de las faltas gravísimas, graves y leves de naturaleza contractual, trasciende a las obligaciones estipuladas en el contrato, ya que su propósito es el de garantizar tanto los intereses públicos como privados. Para eso el legislador ha expedido un régimen de protección a los intereses estatales de la función pública, contenido en el Código Disciplinario Único, fundado en los intereses jurídicos que protege el Estado, que en relación con el contrato estatal, no sólo es la adecuada marcha de la gestión pública, la satisfacción de necesidades de interés general, el régimen económico o patrimonial del contrato, el patrimonio público, sino también la garantía de los intereses jurídicos del contratista colaborador del Estado, a quien este también tiene el deber de proteger.

Es así como el estudio del derecho disciplinario, de las faltas gravísimas, graves, leves y de los contratos estatales, nos permiten identificar los elementos que integran sus categorías jurídicas, así como la metodología, los presupuestos sustanciales y procesales que debemos utilizar para juzgar los comportamientos de los sujetos de los contratos estatales, teniendo en cuenta las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad tanto de la falta como de la sanción, hasta llegar a sugerir la conformación de una especie de derecho disciplinario de los contratos estatales, que no es otra cosa que la inserción del régimen jurídico de los contratos estatales en el Código Disciplinario Único, que si bien son formalmente disímiles, materialmente conforman una simbiosis jurídica, que le permite al Estado proteger con el derecho disciplinario el interés jurídico estatal inmerso en todo contrato administrativo, desde sus fases pre-contractual, contractual y postcontractual.

Es así como observamos que los operadores contractuales, deben garantizar en la gestión contractual del Estado, que los contratos estatales se sujeten a los principios constitucionales de la función administrativa, al principio de legalidad contractual, a las políticas de salvaguarda del patrimonio público; con la finalidad de lograr la satisfacción de las necesidades públicas perseguidas con la celebración cada contrato estatal, así como los intereses jurídicos de los contratistas.

Por tanto, en la etapa de la instrucción como en la del juzgamiento disciplinario de las conductas o comportamientos contractuales que se suscitan con ocasión de la gestión contractual del Estado, proponemos una metodología para el operador disciplinario, para que a partir de la aplicación del Código Disciplinario Único-CDU, logremos la estructuración de la falta disciplinaria, dado su carácter de tipos abiertos, así como para la adecuación típica del ilícito contractual; de tal manera que se identifique con certeza cuales son los elementos que se deben definir para la realización de un juicio de responsabilidad disciplinaria, estableciendo temporalmente cuándo se incurrió en la falta gravísima, grave o leve por vulneración al principio de legalidad contractual, es decir, el régimen jurídico aplicable a los contratos estatales, y cuándo se cometió el ilícito disciplinario contractual desde la perspectiva espacial.

En el desarrollo de esa metodología de operación disciplinaria, debemos tener en cuenta el núcleo esencial de los principios y fines de los contratos estatales, que debe ser definido en nuestra propuesta analítica, para que los operadores jurídicos y sobre todo los servidores públicos que actúan como jueces disciplinarios -que tienen la carga probatoria-, puedan tomar decisiones garantizando el derecho a la igualdad de los justiciables a recibir el mismo trato

frente a la ley cuando dos o más personas se encuentren en presencia de los mismos presupuestos de hecho que guarden identidad en la conducta, en el tipo disciplinario y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Sólo una línea doctrinaria y jurisprudencial coherente sobre el derecho disciplinario y el derecho público de los contratos, sobre los alcances y efectos del detrimento patrimonial, sobre el alcance de los estudios de oportunidad y conveniencia, o toma de decisiones en la gerencia y ejecución del contrato estatal, sobre las distintas categorías del derecho disciplinario y contractual público, permitirá que los órganos encargados de administrar justicia disciplinaria mantengan líneas decisorias doctrinarias, coherentes, estables, razonables, proporcionales y razonables, que si bien puede dar un giro, es decir, cambiar, el funcionario al hacerlo, tiene el deber de la carga argumentativa, pues cada vez que haya lugar a revisar sus posiciones doctrinarias, éstas deben ser de tanta consistencia que la *ratio decidendi*- razón fundamental de la decisión disciplinaria-, permita fundar una nueva línea doctrinaria o reorientarla o establecer un nuevo alcance.

Luego de haber esbozado las herramientas, instrumentos, tópicos y categorías jurídicas del derecho disciplinario, y de haber señalado la orientación y la finalidad propuesta en este trabajo académico-investigativo, es necesario precisar, que se divide en dos grandes partes: La falta disciplinaria contractual, y el juicio disciplinario contractual.

La primera se ocupa de la falta disciplinaria en especial y demás categorías del derecho disciplinario y de la responsabilidad disciplinaria desde la perspectiva del principio de legalidad

contractual descrito en el Código Disciplinario Único-CDU, el Estatuto de Contratación Estatal y demás normas contractuales-. En ella desarrollaremos la estructura de la falta disciplinaria, la necesidad de protección estatal del contrato estatal, la estructura de la responsabilidad disciplinaria por faltas gravísimas, graves y leves contractuales, los sujetos disciplinables y los elementos sustanciales del juicio disciplinario cuando la falta es de naturaleza contractual.

La segunda, una vez definidos los criterios analíticos para la estructuración sustancial de la falta disciplinaria gravísima de naturaleza contractual, desarrollamos los distintos tópicos del juicio disciplinario contractual, que consiste en profundizar en la definición de una metodología para el juzgamiento disciplinario de todas las faltas probables que pueden ocurrir en las distintas etapas o fases en que se suscribe, ejecuta y termina el contrato estatal, vale decir, la etapa pre-contractual o de preparación del contrato, en la etapa contractual o de ejecución y por último, en la etapa pos-contractual o de liquidación del mismo.

En ella, desarrollamos los alcances de los tipos disciplinarios a partir del derecho público de los contratos estatales, proponiendo, la interpretación restrictiva del principio de legalidad contractual para dar paso a la estructuración de la falta disciplinaria gravísima en dos sentidos: el primero, entre el CDU y los regímenes de contratación pública, ya que el artículo 48 Ibídem dispone que la violación de los principios de contratación constituyen faltas gravísimas y para establecer si se incurrió en ella debemos adecuar la conducta a la norma de contratación estatal. Una vez definida la legalidad o no de la conducta, estudiamos los tipos disciplinarios del CDU con el fin de establecer si se encuentra descrita como falta.

En el segundo caso, la estructuración de la falta se hace entre el CDU, el Código Penal y los regímenes de contratación estatal, ya que si la conducta es contraria a lo reglado en las normas de contratación estatal, nos trasladamos al Código Penal para definir si está descrita como delito, y luego llegamos al Código Disciplinario ÚnicoDU establecer si igualmente constituye falta disciplinaria gravísima en virtud de la remisión expresa que hace el numeral 1° del artículo 48 del CDU, *en cuanto sea un delito cometido por un servidor público en ejercicio o con ocasión de sus funciones o por particulares con facultades para suscribir contratos estatales con cargo a recursos públicos a título de dolo. En estas circunstancias, los delitos son también faltas disciplinarias gravísimas.*

Finalmente, debemos tener en cuenta que las decisiones disciplinarias que profieran las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades públicas, por las Personerías Distritales y Municipales y por la Procuraduría General de la Nación, aún después de su ejecutoria no constituyen cosa juzgada, en cuanto y en tanto están contenidas en actos administrativos, y como tal son susceptibles del control judicial por parte de los jueces de la administración, esto es por los Tribunales Administrativos y por el Consejo de Estado, cuando el particular afectado demande los actos administrativos disciplinarios mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por ello debemos tener en cuenta, que el derecho disciplinario no sólo se construye a partir de las interpretaciones y la doctrina fijada por las entidades que actúan como jueces disciplinarios y que acabamos de mencionar, sino que también en la construcción de ese derecho

disciplinario existe una especie de derecho disciplinario jurisprudencial que no puede soslayar la doctrina, ni los funcionarios disciplinarios competentes, en cuanto las faltas disciplinarias están contenidas mayoritariamente en normas de derecho administrativo, y por tanto el juez disciplinario debe tener en cuenta las definiciones e interpretaciones y posiciones jurisprudenciales del juez administrativo sobre las instituciones relativas al “principio de legalidad” ya que el juez disciplinario corre el riesgo que al controlar su actuación y la decisión termine declarando la nulidad del acto administrativo, ya sea por violación a la ley, por incompetencia, por vicios de forma, violación al debido proceso y el derecho de audiencia, falta de motivación, o desviación de poder.

Así mismo, debe el juez disciplinario tener en cuenta la doctrina constitucional obligatoria, así como la jurisprudencia constitucional al tomar sus decisiones, en cuanto los disciplinables, pueden acudir al juez de tutela de manera transitoria, mientras se incoa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando quiera que la sanción disciplinaria haya sido impuesta mediante un acto administrativo resultado de una actuación disciplinaria que constituye una vía de hecho, o fue expedido con flagrante, arbitraria, abuso y violación de los derechos constitucionales fundamentales.

Por todo lo anterior, la estructura del trabajo que se presenta hoy a consideración de la comunidad académica y el público en general, se divide en *dos* grandes partes, la *Primera Parte*, se relaciona con los desarrollos de la Teoría Analítica del Derecho Disciplinario y de sus Categorías Jurídicas más relevantes en el contexto en el que se presenta el objeto de estudio,

esto es, la falta disciplinaria y la responsabilidad disciplinaria contractual, que a su vez, se compone de *Dos Títulos*, el *Primero* de ellos, asume lo relativo a la noción de falta disciplinaria en el juzgamiento disciplinario de los contratos estatales y el *Segundo* la noción de responsabilidad disciplinaria como consecuencia de faltas disciplinarias derivadas de la gestión contractual del Estado. Estos Dos Títulos, se desarrollan el primero en dos capítulos y el segundo en tres capítulos.

La *Segunda Parte*, da cuenta en Cinco Títulos, del desarrollo del contrato estatal, entre la falta disciplinaria contractual y el juicio disciplinario. El *Primer Título*, se aproxima al Derecho Público de los contratos estatales y las relaciones especiales de sujeción de las partes en el contrato estatal; el *Segundo Título*, en dos capítulos, se ocupa de lo relacionado con el juzgamiento de las faltas disciplinarias en la etapa precontractual, de preparación o formación del contrato estatal. El *Tercer Título*, se encarga de lo relacionado con el juzgamiento de las faltas disciplinarias en la etapa contractual de ejecución de contrato estatal, el cual se desarrolla en dos capítulos; viene el *Cuarto Título*, relacionado con el juzgamiento de las faltas disciplinarias en la etapa poscontractual generadas en las distintas formas de liquidación del contrato estatal, se aborda en tres capítulos; el *Título Quinto*, se encarga de lo relacionado con la comisión de delitos en desarrollo de la actividad contractual, el cual se compone, a su vez, de cuatro capítulos. En cada parte, título y capítulo se van sacando conclusiones, para aproximarse a una gran conclusión general que conduzca a la reflexión y apertura del debate necesario en la materia y finalmente se presenta la bibliografía básica que soporta el abordaje teórico que va siendo simultáneamente tratado con el conocimiento empírico o de la experiencia en el ejercicio de la actividad o la función pública en el campo de la contratación estatal; el derecho

disciplinario, el control fiscal y en uno de los campos más enriquecedores y edificantes: el ejercicio de la docencia.

ABREVIATURAS

AGR	Auditoría General de la República.
CC	Corte Constitucional
CEC	Consejo de Estado Colombiano
CCC	Código Civil Colombiano
C.P. de C.	Constitución Política de Colombia
C.P.	Código Penal Colombiano
E. C. E.	Estatuto de Contratación Estatal: Ley 80 de 1993
CDU	Código Disciplinario Único: Ley 734 de 2002
DLPGN	Decreto Ley 262 de 2000: Norma de competencias de La Procuraduría General de la Nación
PGN	Procuraduría General de la Nación

PDPGN	Procuradurías Delegadas de la PGN
PRPGN	Procuradurías Regionales de la PGN
PPPGN	Procuradurías Provisionales de la PGN
PDPGN	Procuradurías Distritales de la PGN
PM	Personerías Municipales
SPCA	Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
OCID	Oficinas de Control Interno Disciplinario
CSJ	Corte Suprema de Justicia
SJDCSJ	Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura
CSJSD	Consejos Seccionales de la Judicatura-Sala Disciplinaria.
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
CGR	Contraloría General de la República.
CTD	Contralorías Territoriales Departamentales.
CTM	Contralorías Territoriales Municipales.
CTDE	Contralorías Territoriales de Distritales Especiales.
DP	Daño o detrimento patrimonial.
F.D.G	Faltas disciplinarias gravísimas.
FD	Faltas disciplinarias.
FG	Faltas disciplinarias graves.
FL	Faltas disciplinarias leves.

PRIMERA PARTE

TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y DE SUS

CATEGORÍAS JURÍDICAS: LA FALTA DISCIPLINARIA Y LA

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA CONTRACTUAL

En esta primera parte, se estudia el derecho disciplinario aplicando el método de la teoría analítica del derecho de tal manera que permita identificar su estudio desde el punto de vista externo realizado a través de (i) la sociología jurídica, y (ii) la filosofía del derecho.

La primera de ellas, permite analizar el derecho disciplinario como efecto producido por ciertas causas, y como causa productora de ciertos efectos, de tal manera que para aplicar el Código Disciplinario Único, debe tenerse en cuenta la institucionalización de una política estatal de

lucha contra la corrupción política, económica y administrativa motivada por los altos niveles de descomposición institucional que se presentan en el ejercicio de la función pública.

La segunda de ellas, se ocupa de estudiar el derecho desde la filosofía, es decir, desde fuera del derecho, pero que en todo caso, le aporta al derecho disciplinario la naturaleza especial de las faltas, que no es cosa distinta al concepto de moral pública o ética pública. Dichos conceptos son trasladados a la dogmática del derecho disciplinario, pero su origen y concepto se toma de la filosofía jurídica.

De otra parte, es necesario señalar que la teoría analítica también permite realizar un estudio interno del derecho, desde la teoría general del derecho y de la dogmática jurídica del derecho disciplinario.

De allí, que las normas disciplinarias contenidas en el Código Único Disciplinario -CDU- así como las normas del derecho público de los contratos estatales y de las reglas extra-disciplinarias a las que se debe acudir para estructurar la falta cuando el tipo es de naturaleza abierta, deben ser aplicadas con un criterio sistemático e integrador del derecho, de tal manera que nos permita identificar cuáles son las instituciones de cada una de las ramas o disciplinas del derecho que comparte con el derecho disciplinario y que son aplicables a todos ellos, tales como las normas procesales del Código Contencioso Administrativo, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Procedimiento Civil.

Así mismo, la dogmática jurídica nos permite realizar un estudio especializado de cada una de

las instituciones y categorías jurídicas del derecho disciplinario, de tal forma que podamos aplicarlo a los justiciables teniendo en cuenta su carácter científico y los aportes que él hace a la teoría general del derecho, y los criterios externos que influyen en su aplicación.

Esta ciencia del derecho disciplinario, impide que analicemos las faltas y sanciones como categorías jurídicas, si antes no hacemos referencia a la imprescindible del principio de legalidad, ya que no existe falta disciplinaria sin conducta humana, como tampoco falta disciplinaria sin descripción en la norma legal; lo que exige al operador o juzgador disciplinario al analizar la conducta conocer el tipo, sus distintas categorías jurídicas, con el fin de atribuir responsabilidad disciplinaria teniendo en cuenta los factores externos que influyen tanto en la expedición como aplicación del derecho disciplinario, y que condicionan la conducta del sujeto disciplinable.

Esta primera parte, se ocupa bajo la óptica analítica del derecho, del estudio de las distintas categorías jurídicas del derecho disciplinario, tales como la noción de falta disciplinaria gravísima, grave, leve y la estructura de la misma, el carácter abierto y cerrado de la falta, los distintos elementos e ingredientes del tipo disciplinario que debe tener en cuenta el operador jurídico al realizar el proceso de adecuación típica entre la conducta y el tipo en un primer momento, para luego proceder a realizar el análisis de las causales de justificación de la falta y de los criterios para establecer la levedad o gravedad de la mismas.

Como se puede apreciar, esta Primera Parte, se integra por dos (2) Títulos cada uno tiene dos (2) capítulos a saber. El Primer Título, se denomina *de la noción de falta disciplinaria en el*

juzgamiento disciplinario de los contratos estatales y sus dos (2) capítulos hacen referencia el primero, al derecho disciplinario, los contratos estatales y la noción de falta disciplinaria y el segundo, a la naturaleza y estructura de la falta disciplinaria derivada del contrato estatal.

De otra parte, el Título Segundo, desarrolla lo pertinente a *la noción de responsabilidad disciplinaria como consecuencia de faltas disciplinarias derivadas de la gestión contractual del Estado* y sus dos (2) capítulos, se refieren el primero *al contrato estatal frente a los distintos regímenes de responsabilidad disciplinaria* y el segundo a *la estructura de la responsabilidad disciplinaria por la comisión de una conducta descrita como falta disciplinaria de naturaleza contractual.*

TÍTULO PRIMERO

LA NOCIÓN DE FALTA DISCIPLINARIA EN EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO DE LOS CONTRATOS ESTATALES

La falta disciplinaria como categoría jurídica del derecho disciplinario, cuenta con tres elementos que le son propios y que la estructuran como lo ha definido la Corte Constitucional, así: (i) La descripción típica de la conducta – tipicidad-, la contrariedad con el ordenamiento jurídico –antijuridicidad material-, que la constituye el concepto de ilícito disciplinario-, y (ii) La culpabilidad en cuanto la conducta merezca reproche disciplinario.

Estos elementos nos permiten establecer la verdadera naturaleza del derecho disciplinario como rama del derecho público sancionador de carácter autónomo, en tanto estructuran la falta. La importancia de la falta disciplinaria, cuando la descripción típica hace relación a una conducta

o comportamiento contractual, está dada por el interés jurídico del Estado en proteger la actividad contractual de carácter público, pues al ser un instrumento a través del cual se ejecutan los planes de desarrollo e inversión estatal, debe estar desprovista de injerencias que lesionen o pongan en peligro la transparencia, la moralidad administrativa, el interés general y el deber que tiene la administración de satisfacer los intereses de los administrados, es decir, los contratos deben cumplir con sus cometidos institucionales, ya que estos son un instrumento del Estado para realizar los principios del Estado Social, Democrático y Participativo de Derecho y la materialización de las funciones estatales esenciales.

En consecuencia, se hace necesario estudiar y analizar las distintas categorías jurídicas del derecho disciplinario desde la óptica de la dogmática jurídica, que le imprime un carácter científico a los razonamientos y conceptos que definen cada una de estas instituciones y categorías jurídicas, sin soslayar los aportes que le hace la teoría general del derecho, con referentes tales como la teoría de la norma jurídica que ofrece los métodos de interpretación, así como el análisis del lenguaje jurídico descrito en la norma.

La ontología jurídica por su parte, determina la naturaleza sancionadora, correctiva, garantizadora y ejemplarizante de las normas del Código Disciplinario Único, sin perder de vista que igualmente sólo se puede aplicar el CDU si entendemos el derecho como cuerpo normativo y como sistema normativo, en donde existen distintas fuentes de producción de las normas, con tipologías y alcances diferentes, en tanto unas son leyes de alcance nacional, y otros son actos administrativos nacionales y de alcance regional o local, pero que en todo caso

el derecho disciplinario, así como las normas a las que se tiene que remitir para estructurar la falta, como para llenar los vacíos procesales deben observarse como un componente más del sistema jurídico.

Es así como el operador jurídico debe remitirse del CDU a los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia-bloque de constitucionalidad-, salvo las cláusulas de reserva; a las normas constitucionales de aplicación directa; a las leyes estatutarias, orgánicas, especiales, ordinarias, decretos extraordinarios o con fuerza de ley; a los decretos nacionales, departamentales, distritales y municipales de carácter reglamentario, ordinarios, ejecutivos, resoluciones, memorandos y órdenes administrativas nacionales; acuerdos distritales y municipales, ordenanzas departamentales, decretos con fuerza de acuerdo municipal o distrital, y decretos con fuerza de ordenanza.

Pero además, es necesario identificar el contenido y alcance de las relaciones especiales de sujeción como categoría jurídica, en tanto lleva consigo un elemento excluyente, que diferencia el derecho disciplinario del derecho penal, ya que mientras en el primero los sujetos de la ley disciplinaria son los servidores públicos o los particulares que comprometen la responsabilidad contractual del Estado en desarrollo de funciones públicas o administrativas; en el segundo los sujetos del derecho penal son todas las personas imputables sin importar su calificación, vale decir, lo son los estrictamente particulares, y lo son todos los que se encuentren clasificados en las distintas categorías de servidores públicos, según el artículo 123 Superior, es decir, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Indicando además el precepto

constitucional, que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; que ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

CAPÍTULO PRIMERO
EL DERECHO DISCIPLINARIO, LOS CONTRATOS ESTATALES
Y LA NOCIÓN DE FALTA DISCIPLINARIA

En Colombia hasta antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, la teoría general del derecho ubicaba el derecho sancionador-disciplinario entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Ante el interés de los penalistas y administrativistas de avanzar en el estudio de sus disciplinas se quedó congelada la discusión y en el afán de desprenderse del tema coincidían en afirmar que el derecho disciplinario era parte del derecho penal, mientras los otros señalaban que era parte del derecho administrativo. Esta situación generó que después de la expedición de la Carta de 1991, se tratara de superar el dilema para definir si el derecho administrativo sancionador era una rama del derecho autónoma, o si pendía del derecho penal o del derecho administrativo.

Para comprender lo anterior, la teoría del derecho público estatal, que está integrado por el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público, el derecho disciplinario y el derecho público de los contratos estatales, explica el por qué existen principios del derecho público que los comparten con cada una de las disciplinas jurídicas anteriormente señaladas.

Por lo tanto, para la realización de los fines del Estado y en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público, se hace necesario que los operadores jurídicos al aplicar el derecho disciplinario, deban tener en cuenta no sólo que el

derecho público es el género al que pertenece el derecho disciplinario como ciencia jurídica, sino que también esta disciplina hace parte de un ordenamiento jurídico estatal, que al aplicarse y al no ser un conjunto normativo acabado, debe remitirse a otro tipo de normas contenidos en otros Códigos, leyes o actos administrativos.

En este contexto, afirmamos que el contenido del derecho disciplinario como disciplina del derecho reclama su autonomía e independencia tanto del derecho administrativo, como del derecho penal, ya que si bien en virtud del principio de legalidad de la falta debe remitirse a las distintas normas que consagran el deber funcional del servidor público o particular sujeto del derecho disciplinable, vale decir, las que contienen el deber funcional de los servidores del poder judicial, del poder legislativo, de los mismos órganos de vigilancia y control, de los entes autónomos y el deber funcional de alcaldes y gobernadores etc., también es cierto que el marco de afinidad que comparte esa relación se constituye en un medio que le permite al Estado dotar a las organizaciones e instituciones públicas de instrumentos para materializar los fines y cometidos del Estado en cada escenario concreto en virtud de la cláusula general de competencia, es decir, desde el punto de vista de la teoría jurídica, el derecho disciplinario tiene elementos comunes de otras disciplinas jurídicas, y desde el punto de vista dogmático es una ciencia jurídica independiente.

En esa dirección, el derecho disciplinario se ocupa de las conductas cometidas con ocasión de la función administrativa, legislativa, judicial, fiscal, de control y electoral, razón por la cual ocupa la atención las actuaciones contractuales, que se relacionan directa o indirectamente entre sí; tal como se desprende de la doctrina y del C.C.A. donde pueden tener relación directa o

indirecta con otras actuaciones administrativas igualmente descritas como falta disciplinaria, tales como hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos o vías de hecho cuando ocurren en razón y con ocasión de un contrato estatal en el que intervienen sujetos jurídicos públicos y privados.

Esto conduce a afirmar que existen contratos estatales sometidos al derecho público, y otros al derecho privado con aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa, previstos en el artículo 209 Superior; a partir de lo cual encontramos como criterio de diferenciación los límites que le impone el derecho público al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos estatales, como son: La realización o materialización de los principios constitucionales de la función administrativa prevista en el artículo 209 constitucional y los principios de contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993; mientras que el principio de la autonomía de la voluntad siendo el contrato de derecho privado entre particulares, opera sin más prohibiciones que la expresamente previstas en la ley, es decir, mientras que los límites en el contrato estatal son máximos, en el contrato de derecho privado son mínimos.

Ahora bien, el principio de legalidad, en materia de contratación estatal está integrado por un conjunto de normas, cuerpos y sistemas jurídicos que constituye lo que conocemos como la “*contratación debida*”, de tal manera que si durante la actividad contractual la administración incurre en actos, omisiones u operaciones administrativas contrarias a ese régimen jurídico de los contratos estatales, podría el agente estatal estar incurso en una falta disciplinaria y hacerse acreedor a las sanciones previstas en el CDU.

Esa respuesta disciplinaria, dirigida a quien infrinja las normas contractuales está determinada por el interés jurídico que protege el Estado en la gestión contractual estatal, de tal manera que cuando esos fines y objetivos se desvían por un servidor público o particular que ejerza funciones públicas o administrativas, la potestad disciplinaria del Estado se activa, para que previa garantía del debido proceso, se establezca el grado de responsabilidad que debe atribuírsele a sus autores o coautores.

La ubicación del derecho disciplinario y de la contratación estatal como disciplinas del derecho público, hacen que el primero sirva como instrumento de protección estatal; el segundo, como instrumento para materializar los fines del Estado de tal manera, que cuando un sujeto de derecho disciplinario incurra en “*contratación indebida*” infringiendo el interés jurídico estatal, se puedan imponer las sanciones con la certeza de que tanto el derecho disciplinario como el derecho de los contratos estatales haya rodeado no solo de las garantías procesales y sustanciales de naturaleza constitucional y legal al justiciable, sino también del condicionante científico que exige la dogmática jurídica para la aplicación de una doctrina coherente, estable, lineal que evoluciona fundada en la carga argumentativa que justifique y motive el giro doctrinario o jurisprudencial.

Es así como en este capítulo se propicia el encuentro entre el derecho disciplinario y el contrato estatal a partir de la falta disciplinaria, en la medida en que el interés que protege el Estado en el primero, es el mismo fin que persigue el Estado con el contrato estatal; allí se concretiza el núcleo esencial que debe descubrir el juzgador u operador jurídico disciplinario

cuando el objeto del juzgamiento es una conducta que constituye una falta disciplinaria de naturaleza contractual. El operador disciplinario estatal, no obstante su origen, tiene el deber de actuar teniendo en cuenta que al igual que los jueces, debe actuar con absoluta independencia, ello significa que el Procurador General de la Nación y sus Delegados están sometidos únicamente al ordenamiento jurídico, si que se vea afectada por el origen político de la elección del titular del Ministerio Público, esto es, que si bien la terna es integrada por un candidato del Presidente de la República, uno de la Corte Suprema de Justicia y otro del Consejo de Estado, no es menos cierto que al ser elegido por el Senado de la República ello le da un componente político, que no debe afectar la imparcialidad e independencia del Procuraduría como titular de la acción disciplinaria.

Y si el legislador quisiera separar de ese componente las funciones de la Procuraduría General de la Nación cuando actúa como Agente del Ministerio Público en asuntos penales, civiles, laborales y de seguridad social, electorales y contencioso-administrativos; en aras de garantizar la verdadera autonomía que constitucional y legalmente tienen los agentes del Ministerio Público el legislador debería establecer para los aproximadamente 300 agentes del Ministerio Público en el país el régimen de carrera administrativa, que les garantice el acceso al cargo por méritos, pero también el ejercicio autónomo de su representación en defensa de la sociedad, del ordenamiento jurídico, del patrimonio público, y de los derechos y garantías constitucionales y legales de las personas.

La capacidad nominadora del Procurador General de la Nación, que designa treinta y tres Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, pero agentes

del Ministerio Público ante los distintos jueces penales con funciones de garantías y con funciones de conocimiento y ante los distintos Tribunales del país, mediante el ejercicio de la facultad de Libre nombramiento y remoción, descompensa el sistema de equilibrio estatal, en tanto existe la carrera judicial de los jueces y magistrados, de los fiscales del país, pero no de los agentes del Ministerio Público, y eso no solo rompe con el principio de igualdad, sino también con el equilibrio de poderes, ya que un Procurador General de la Nación a quien la Constitución Política no le prohibió la reelección inmediata, que si lo hizo frente a los demás órganos de vigilancia y control como la Fiscalía General de la Nación y Contraloría General de la República, podría obtener con tanto poder concentrado, ventajas cuando aspire desde el cargo a la reelección, frente a los muchos candidatos que busquen la postulación de la Presidencia, de la Corte Suprema o Consejo de Estado, y luego ventaja frente a los otros dos candidatos cuando ya esté integrada la terna de cara al Senado de la República para la elección correspondiente.

1.- Naturaleza jurídica del derecho disciplinario y su especial protección a la contratación estatal.

La cláusula general de competencia prevista en los artículos 6º y 150 numeral 2 Superiores, le asigna al Congreso de la República la facultad de expedir los Códigos con un criterio excluyente, es decir, se le prohíbe conceder facultades al Gobierno para expedir Códigos; al mismo tiempo que el artículo 122 y 209 de la Constitución Política atribuye al legislador la competencia para expedir un ordenamiento jurídico sancionatorio, o sea el CDU que emana del principio genérico del *ius puniendi estatal* que se materializa con la fuerza legítima del derecho

disciplinario y del derecho penal respectivamente.

El derecho disciplinario encuentra su fundamento general, en la necesidad pública de contar con un instrumento de control social, para quienes ejercen funciones públicas, ya sean servidores públicos o particulares, sin caer en las exigencias y requerimientos de otro medio de control social como es el derecho penal, aunque los dos pueden ocuparse de proteger el mismo bien o interés jurídico del Estado respectivamente, pero no necesariamente deben coincidir.

Pero además, el fundamento constitucional de la potestad disciplinaria, descansa en el artículo 6° Superior, que dispone que tanto los servidores públicos como los particulares son responsables, el primero de ellos, por infracción a la Constitución y la ley en sentido material, es decir, la infracción al ordenamiento jurídico, ya sea por acción u omisión y extralimitación de sus funciones; mientras que los segundos, responden por infringir el ordenamiento jurídico, siempre que sus actuaciones no estén expresamente prohibidas. Este es el escenario en que opera el principio constitucional de permisón que se fundamenta en la afirmación constitucional que lo que no está prohibido a los particulares está permitido.

Es así como, en virtud del principio de legalidad los servidores públicos sólo pueden hacer todo lo que expresamente se les autoriza, ya que si ejercen funciones no previstas en la ley, podrían estar usurpando funciones que la norma le atribuye a otro servidor público; mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, ya que tales actuaciones son desarrollo de sus derechos fundamentales cuya garantía permite que cada persona ejerza sus derechos sin más límites que los que les imponen los derechos de los demás.

Para comprender entonces, la naturaleza del derecho disciplinario, es necesario analizar sus principios rectores que ha desarrollado la Ley 734 de 2002.

1.1 La potestad sancionadora del Estado: Su aplicación en el Derecho Disciplinario y potestad disciplinaria estatal.

El artículo 1° del CDU le atribuye la titularidad de la potestad disciplinaria al Estado, entendida como la facultad que le asigna el constituyente y el legislador a las instituciones y a los servidores públicos con el objeto de asegurar la correcta y adecuada marcha de la gestión pública, asegurando la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado. Esa potestad disciplinaria se materializa en la regulación que hace el legislador para elevar las conductas de los destinatarios del CDU a la categoría de faltas disciplinarias, para que previo ejercicio de la acción disciplinaria se desvirtúe o no la presunción de inocencia de que gozan los justiciables.

Así, la *titularidad de la potestad disciplinaria* es el poder de regulación, mientras que la *titularidad de la acción disciplinaria* es la competencia que se le atribuye a las instituciones y a los servidores públicos para la utilización de los instrumentos que se traducen en el proceso disciplinario.

Al respecto la Corte Constitucional, estimó que *“la naturaleza jurídica de dicha potestad es indudablemente administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal. La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la*

administración que la habilitan para imponer a su propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a las realización de sus cometidos”.

1.2 Estado, Derecho y titularidad de la acción disciplinaria.

Según los factores subjetivos y funcionales de competencia, la titularidad de la acción disciplinaria es ejercida en nombre del Estado por la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Municipales que son órganos de creación constitucional; las Oficinas de Control Interno Disciplinario de la entidades públicas de creación legal y reglamentaria.

El Estado a través de las entidades antes señaladas, en ejercicio de la potestad disciplinaria ejerce la acción, poniendo en movimiento la burocracia estatal para que previa garantía del debido proceso y el derecho de defensa, adelante las diligencias disciplinarias, cuyo medio lo constituye la verificación de la existencia de hechos descritos o tipificados como faltas disciplinarias leves, graves o gravísimas, obteniendo por medios lícitos las pruebas que demuestren la ocurrencia de los hechos y suministren al funcionario la certeza de la responsabilidad y la culpabilidad del investigado. Es decir, el proceso disciplinario, las pruebas de los hechos y de la responsabilidad o no del investigado es el medio para conseguir el fin del proceso disciplinario que lo constituye la garantía de la adecuada marcha de la gestión pública, en tanto con la sanción el Estado cumple con su promesa o amenaza legítima de imponer las sanciones correspondiente al servidor público o al particular sujeto del derecho disciplinario que incumple con sus deberes o incurre en infracción a sus deberes funcionales, tales como por

acción u omisión incurre en violación a deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, conflictos de intereses, abuso de derechos o extralimitación de funciones.

1.3 Competencia estatal para ejercer la función disciplinaria a nombre del Estado.

La acción disciplinaria es un derecho que tiene el Estado de activar o ponerse en movimiento para iniciar y culminar diligencias disciplinarias a fin de establecer cuáles de los sujetos infringieron o no la ley disciplinaria. Es así como la Constitución Política creó la Procuraduría General de la Nación como órgano que ejerce la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular, salvo aquellos que gozan constitucionalmente de fuero especial, tales como el Fiscal General de la Nación, los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Procurador General de la Nación y Presidente de la República.

Por su parte, las Personerías municipales y distritales, son órganos territoriales de creación constitucional que en su jurisdicción ejercen igualmente en nombre del Estado la acción disciplinaria, sin perjuicio del ejercicio de la potestad preferente de la Procuraduría General de la Nación. En todos los municipios y distritos existe una personería, ya que estos órganos son de creación constitucional y legal, y cuya reglamentación para su funcionamiento corresponde a los concejos municipales y distritales a través de Acuerdo.

De otro lado, la ley disciplinaria igualmente dispone que en todas las entidades públicas debe organizarse una Oficina de Control Interno Disciplinario, cuya competencia recaerá en el órgano que corresponda según el nivel de la entidad pública de que se trate.

Esto es, que si se trata de entidades del orden nacional, será la ley que establezca la estructura y funcionamiento del ente, el encargado de crear la Oficina de Control Interno Disciplinario, vale decir, la oficina de control interno disciplinario de la Fiscalía General de la Nación, de la misma Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de la Defensoría del Pueblo, de un Ministerio, de un Departamento Administrativo, Establecimiento Público o Superintendencia. Esto no es competencia del Presidente de la República o del Jefe del organismo, quien no podrá hacerlo por Decreto o Resolución respectivamente. Así, si se crea la Oficina de Control Interno Disciplinario, que ejerce la primera instancia y la segunda instancia le corresponde la representante legal de la Entidad. Si la ley correspondiente no creó la respectiva Oficina de Control Interno Disciplinario, entonces todos los procesos serán de única instancia y la competencia será del nominador, salvo que delegue esta facultad en un funcionario del nivel directivo de la entidad, pero en todo caso el proceso sigue siendo de única instancia y lo que se modifica es la competencia funcional.

Existe una facultad especial radicada en la Procuraduría General de la Nación, donde no obstante el Decreto ley 262 de 2000, haber asignado la competencia disciplinaria de todos los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en la Veeduría de la entidad como órgano de control interno, salvo para los Procuradores Delegados y el Viceprocurador General de la Nación cuya competencia exclusiva le corresponde al Procurador General de la Nación,

éste puede relevar de la competencia al Veedor y asumir cualquier proceso disciplinario contra servidores públicos de la Entidad en única instancia. Esto no ocurriría en un Ministerio, Establecimiento Público o cualquier otro ente estatal.

En el nivel municipal y distrital el ente competente para crear la Oficina de Control Interno Disciplinario es el Concejo del ente territorial, mediante Acuerdo que organiza y señala las competencias de cada uno de los organismos y entidades, así como en los Departamentos dicha tarea le corresponde a la Asamblea mediante Ordenanza. Si la citada Oficina, no es creada mediante Acuerdo u Ordenanza el competente en única instancia para adelantar los procesos disciplinarios es el jefe del organismo, quien podrá delegar en un funcionario directivo la competencia disciplinaria, evento este último en el que los procesos igualmente siguen siendo de única instancia. Es decir, la única posibilidad de que al interior de las entidades se garantice el principio constitucional de la doble instancia, es que la ley a nivel nacional cree las oficinas para los entes del orden nacional, los acuerdos para el nivel municipal y distrital y las ordenanzas en los departamentos, omisión que trae como consecuencia como se dijo antes que todos los procesos de no existir Oficina de Control Interno Disciplinario serían de única instancia.

Finalmente, la Constitución Política en su artículo 254 y siguientes creó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, atribuyéndole la competencia para investigar disciplinariamente a todos los funcionarios judiciales, esto es jueces, magistrados de tribunales, fiscales y abogados cuando incurran en faltas contra la ética en el ejercicio profesional conforme a las normas vigentes del Decreto 196 de 1971 y de la Ley 1123 de 2007 o Código

Disciplinario del Abogado; mientras que para los empleados judiciales, esto es aquellos que trabajan en la administración de justicia pero que a diferencia de los funcionarios judiciales, no tienen competencia para tomar decisiones judiciales en nombre del Estado, sino que su labor es eminentemente administrativa el competente para conocer de sus procesos disciplinarios es su superior inmediato o la Oficina de Veeduría o de Control Interno Disciplinario, según sea del caso.

En suma, el ejercicio del control interno disciplinario a los “*empleados*” de la Rama Judicial y los de la Fiscalía General de la Nación, lo realizan los jefes inmediatos de éstos, o las Oficinas de Control Interno Disciplinario en donde estén organizadas, sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación. No así ocurre con los altos funcionarios judiciales, donde los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación son investigados disciplinariamente en ejercicio del control disciplinario externo, esto es conforme a la Constitución Política y a la Ley Estatutaria de la Justicia es competencia del Congreso de la República previa instrucción de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.

Pero las investigaciones disciplinarias en que se vean incursos en el ejercicio de sus funciones los fiscales delegados, jueces y magistrados de tribunales, cuya denominación se prevé como “*funcionarios judiciales*”, son de competencia de un órgano de control externo disciplinario especializado, esto es, de acuerdo al factor subjetivo y funcional de la misma, corresponde dicha función a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

El control interno disciplinario en las entidades nacionales y departamentales, por norma general tiene competencia mayoritaria para funcionarios de carrera administrativa, frente a los cuales el nominador por la estabilidad que acompaña el funcionario tiene limitaciones, al lado de la competencia preferente que tiene sobre éstas oficinas las personerías distritales y municipales y la Procuraduría General de la Nación respectivamente, cuando objetivamente se estime que la oficina de control interno está parcializada a favor o en contra del funcionario.

Al interior de las Personerías municipales y distritales y de la Procuraduría General de la Nación, existe un control interno disciplinario para investigar a los funcionarios del Ministerio Público. Así las cosas, frente a los personeros no hay crítica alguna en cuanto la competencia para investigarlos es externa, esto es, la Procuraduría General de la Nación es el juez disciplinario competente para investigar a los personeros municipales y distritales. De igual manera, ocurre con el Procurador General de la Nación donde la competencia disciplinaria es externa, es decir, es juzgado disciplinariamente por la Corte Suprema de Justicia, cuando quien postuló al elegido por el Senado fue el Presidente de la República o el Consejo de Estado; pero cuando el Procurador General es elegido por el candidato del Consejo de Estado o el postulado por el Presidente de la República, el juez disciplinario competente es la Corte Suprema de Justicia.

No se entiende la diferencia de tratamiento por parte del legislador, esto es que al Fiscal General y a los Magistrados de las altas Cortes los investiga disciplinariamente el Congreso de la República y al Procurador General de la Nación lo investiga disciplinariamente la Corte Suprema de Justicia y eventualmente el Consejo de Estado, pues en mi sentir, la competencia

disciplinaria respecto de este último en aras de garantizar el derecho a la igualdad, también debió ser asignada por el legislador al Congreso de la República, al igual que a los Magistrados del Consejo Nacional Electoral y al Defensor del Pueblo, quienes actualmente son investigados disciplinariamente por el Procurador General de la Nación.

Es decir, con el fin de aplicar el principio de igualdad entre pares, el legislador debió asignar la competencia disciplinaria de todos los funcionarios y dignatarios cabeza de organismos nacionales en el Congreso de la República, y la competencia disciplinaria respecto de Senadores y Representantes a la Cámara como ocurre en todo aquel Estado que se inscribe como Estado Social de Derecho, dicha competencia debería haber sido asignada a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado, pues la Corte Suprema ya viene siendo el juez penal de los Congresistas.

Así mismo, en aras al derecho a la igualdad de trato frente a la ley, sería competente en el ejercicio de la competencia disciplinaria de control interno, en la Procuraduría, al igual que acontece en la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, que la Veeduría investigue a los funcionarios de carrera administrativa.

1.4 La Auditoria General de la República como órgano de control y de vigilancia fiscal a las Contralorías y la Veeduría como control interno disciplinario de la Procuraduría General de la Nación, de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación.

Durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, el control fiscal era ejercido por la Contraloría General de la República, a cuya cabeza estaba el Contralor General, elegido con posibilidad de reelección indefinida por la Cámara de Representantes directamente para períodos de cuatro años, esto es sin terna postulada ante ella. El candidato surgía de postulaciones que realizaban grupos de congresistas de candidatos que podían ser Congresistas, particulares o servidores públicos de otras ramas y órganos del poder público, sin inhabilidad previa por ejercicio de cargos inmediatos anteriores a su elección.

El Contralor General de la República, durante la vigencia de la Constitución de 1886 realizaba el control fiscal a través de los sistemas de control previo, perceptivo y posterior, o sea, que durante la gestión contractual, la Contraloría coadministraba junto con la administración contratante el proceso contractual. Intervenía en la etapa pre-contractual, esto es durante todo el procedimiento de licitación o concurso público o de contratación directa, intervenía en la adjudicación, suscripción del contrato, en la legalización, ejecución y liquidación del contrato, así como intervenía en la entrega de las obras parciales y totales, en la entrega de bienes y servicios a almacén, en la realización de arqueos a almacén y a las cajas menores.

Este sistema, permitía que se diluyera la responsabilidad, porque casi era imposible que se incurriera en delito, falta disciplinaria, ilegalidad o indebida gestión fiscal antieconómica, sin que por acción u omisión no estuviera comprometido el órgano de control fiscal. De allí, que la Contraloría intervenía en la etapa de preparación del contrato en el ejercicio del control previo y que le daba el visto bueno a los precios con los que se contrataba, así mismo intervenía en ejercicio del control fiscal posterior, cuando al liquidar el contrato lo fenecía. La solidaridad de cuerpo podía eventualmente dar lugar a que en el ejercicio del control posterior, no se establecieran las acciones u omisiones en que se incurrió durante el ejercicio del control previo.

La Contraloría General de la República, ejercía el control fiscal previo, posterior y perceptivo a todas las ramas y órganos de poder del Estado y a los particulares que administraran recursos públicos, esto es al Congreso de la República a través de la Cámara de Representantes y el Senado de la República, al presupuesto y bienes públicos del desaparecido Establecimiento Público que conocimos como Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar todo el Presupuesto de la Rama Judicial, el presupuesto de la Rama Ejecutiva que ejecutaba todas las entidades del sector central, descentralizado, principal, adscrito y vinculado de la administración pública del orden nacional, y a los antiguas intendencias y comisarías, así como controlaba la ejecución presupuestal y los bienes de los órganos de control, tales como la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República.

El control fiscal en las entidades territoriales, era ejercido por las Contralorías Departamentales, municipales y distritales y el contralor en estos niveles era elegido para períodos de dos años de

candidatos postulados por sus miembros, pero los concejales y diputados al tiempo que elegían a los contralores, hacían parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas de los entes territoriales con competencias para autorizar la contratación de estos entes, así como expedían el estatuto de contratación de cada una de ellas. Si bien en todos los departamentos y distritos existían Contralorías por disposición constitucional, no ocurría así en los municipios donde sólo tenían aquellos en que el concejo municipal creara dichos organismos previamente cumplir los requisitos de población y presupuesto.

Pero además, las contralorías eran juez y parte, esto es, que actuaba como parte cuando al intervenir en la gestión contractual de un sujeto de control suyo en ejercicio del control previo autorizaba o daba el visto bueno para la realización de una actuación, y era juez cuando luego de realizada la gestión fiscal contractual la evaluaba en ejercicio del control fiscal posterior. Allí había elementos que permitían pensar que de alguna manera los funcionarios fiscales no fueran primariamente imparciales.

Igualmente era juez y parte, cuando el Contralor General de la República y los contralores territoriales eran al mismo tiempo órganos de control fiscal externo de la gestión pública nacional y territorial respectivamente, a través de Auditores Fiscales Generales, Regionales y Especiales y eran órganos de control fiscal interno, cuando los contralores designaban en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción a la persona que debería realizar el control a la gestión fiscal de la misma contraloría.

Lo anterior, quiere decir, que el Contralor General de la República también era sujeto de

control fiscal, en tanto la Contraloría también ejecutaba presupuesto público y administraba bienes del Estado. El control fiscal a la Contraloría era ejercido por un funcionario cuya imparcialidad estaba en principio cuestionada ya que le correspondía realizarle control fiscal a su jefe, esto es, a quien le debía el nombramiento y permanencia del cargo.

La Constitución de 1991, con el fin de organizar un control fiscal más equilibrado; en desarrollo de la teoría de los pesos y contra pesos, en su artículo 274, dispuso: *“La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal”*.

De allí que a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, es ejercido por un Auditor General de la República, quien además de ejercer control fiscal a la Contraloría General de la República, por disposición de la ley igualmente realiza el control fiscal a las contralorías departamentales, distritales y municipales. Este es un sistema de control fiscal autónomo e independiente, en tanto al no ser el Auditor General designado, postulado o nombrado por los contralores, sino por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, le da la autonomía e independencia para que este realice el control fiscal posterior y selectivo de carácter técnico que define la Constitución y la ley.

Cabe señalar, que el constituyente primario, pudo aplicar al máximo organismo rector del Ministerio Público, las mismas razones jurídicas y políticas que argumentó en 1991, cuando en desarrollo de la teoría de pesos y contra pesos estableció en el artículo 274 Superior, que el

control fiscal a las Contralorías debía ser ejercido de manera externa por un Contralor para la Contraloría, vale decir, por un Auditor General de la República.

Surge así una nueva proposición en el sentido de que para equilibrar el ejercicio del poder conforme a la distribución que de él hizo Aristóteles desde la antigüedad, luego desde la óptica inglesa como lo propio indicó Jhon Locke al referirse al poder en los gobiernos civiles, y finalmente como tal como lo planteó el Montesquieu luego de realizar su estudio de derecho comparado en Francia frente a lo que ocurría en el sistema inglés, lo más adecuado sería estructurar una especie de Veeduría General de la Nación, con funciones y competencia disciplinaria frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, y Agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación; lo cual corresponde más a una decisión política del Congreso de la República, estamento que se ocuparía a su vez de investigar disciplinariamente, además, al Defensor del Pueblo y sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, al igual que a los personeros municipales y distritales, y al Procurador General de la Nación.

1.5 La competencia disciplinaria en materia de funcionarios judiciales.

El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, fue una institución que por primera vez fue introducida en el ordenamiento jurídico disciplinario colombiano, mediante el artículo 3º de la Ley 200 de 1995, que fue el primer estatuto único disciplinario expedido por el legislador tanto en sentido material como formal, esto es, contenido en una Ley de la

República expedida por el Congreso de la República.

El artículo 3° de la Ley 200 de 1995, señalaba, *“En desarrollo del poder disciplinario preferente, podrá el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus Delegados y Agentes avocar, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público.*

El Procurador General de la Nación establecerá criterios imparciales y objetivos para la selección de las quejas y expedientes disciplinarios a fin de dar cumplimiento al inciso anterior”.

El Procurador General, con fundamento en las atribuciones legales conferidas por el artículo 3°. de la Ley 200 de 1995, expidió la Resolución No. 001 del 23 de enero de 1998, en la cual fijó los criterios generales, para el ejercicio del poder preferente, y en su artículo 4º., dispuso:

En desarrollo de las atribuciones señaladas en el último inciso del artículo 3°. de la Ley 200 de 1995, se fijan los siguientes criterios para el ejercicio del poder preferente:

- a) Se ejercerán en las investigaciones por las faltas disciplinarias descritas en el artículo 25 numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, y 7º. Además, cuando se incurra en falta disciplinaria que implique corrupción administrativa o grave afectación de los fines estatales o se ponga en grave peligro la debida ejecución de los planes ejecución de los planes de desarrollo, en especial por inobservancia del artículo 40 numerales 3º, 4º, 8º, 16, 26 y 27 y artículo 41 numerales 1º, 4º, 12, 14, 19, 20, 21 y 30, de la Ley 200 de 1995. También ejercerá el poder preferente en relación con las investigaciones que involucren masacres, homicidios, torturas e infracciones graves al Derecho Humanitario.

- b) Se ejercerá cuando por la importancia, naturaleza o relevancia social de la falta o la jerarquía de las personas involucradas, sea aconsejable adelantar la investigación o asumirla por la Procuraduría.
- c) Se ejercerá cuando se presenten casos en los que la imparcialidad y eficacia del organismo de control interno no esté garantizada para la debida investigación y juzgamiento o existan serias dificultades en la práctica del derecho de defensa.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-222 de 1999, puntualizó:

La Constitución Política consagra en su artículo 275 que el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público y señala en el 277 las funciones que a él le corresponden. En el numeral 6° de este último precepto se establece que el mencionado funcionario, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá, entre otras, la función de:

(...)

6°. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular (subraya la Corte); ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Esta norma estipula, entonces, una cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación para adelantar investigaciones disciplinarias con el propósito de ejercer la vigilancia superior que al Jefe del Ministerio Público se encomienda y, en últimas, para que él pueda cumplir el contenido básico de velar por el imperio y la efectividad del orden

jurídico en todo el territorio de la República.

El criterio que la Constitución acoge para atribuir tales funciones al procurador y a sus agentes es de carácter material. Se refiere al contenido de la actividad de las personas. Se trata de vigilar el desempeño de la función pública, independientemente de la calidad del sujeto que la ejerza, lo que permite afirmar que el radio de las competencias constitucionales de la Procuraduría, con las excepciones que la propia Carta Política contempla, es de una amplitud proporcional al del ejercicio de la función, considerada desde el punto de vista sustancial y no desde el subjetivo. Por tanto, abarca tanto a quienes tengan la calidad de servidores públicos como a los particulares que, sin serlo, cumplan funciones públicas.

Ahora bien, en la Sentencia mencionada, la Corte Constitucional, hizo referencia a la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria, afirmando que si bien el poder preferente o prevalente del Ministerio Público está contenido en la Ley 200 de 1995, este instrumento encuentra fundamento constitucional en el artículo 277, numeral 6° Superior. La Procuraduría General de la Nación entre los años 1995 y 1998, consideró que el poder preferente disciplinario suyo, no solo era ejercido sobre las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades que integran las distintas ramas del poder público, sobre las personerías distritales y municipales, sino que estimaba contrario a lo que consideraba la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que igualmente ejercía el poder preferente sobre este en los casos donde el investigado eran los funcionarios judiciales.

Pero el conflicto de competencias planteado, entre la Procuraduría General de la Nación y la

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de las diligencias disciplinarias que se proponían adelantar ambos organismos contra unos fiscales por haber producido decisiones presuntamente contrarias a la ley en la ciudad de Medellín, luego de acudir a mecanismos judiciales como la tutela para efectos de garantizar la competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, la Corte tuvo la oportunidad de fijar en una *ratio decidendi* la jurisprudencia de la Corporación revisando diferentes sentencias que al respecto había pronunciado un tanto contradictorias, unificó su jurisprudencia mediante la Sentencia 337 de 1998, así:

El poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación opera sobre los funcionarios judiciales únicamente si las Salas jurisdiccional disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura o de los Consejos Seccionales no han iniciado con anterioridad el respectivo proceso disciplinario. Ello indica que la Sala adquiere la competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los funcionarios judiciales cuando avoca el conocimiento de ellas antes que la Procuraduría.

(....)

La prevención es un factor que contribuye a determinar la competencia sobre un proceso determinado, en el caso de que éste pueda ser conocido por distintas autoridades judiciales. Tal como se ha señalado, la Corte ha recurrido al concepto de “*competencias a prevención*” para solucionar los conflictos que se pueden presentar entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación en el momento de determinar cuál de las dos entidades es la competente para conocer el proceso materia del litigio conservará la competencia sobre él. Para situaciones en las que la investigación es iniciada en el mismo día por ambas entidades, razón que hace difícil esclarecer cuál de ellas empezó primero con la instrucción, deberá observarse cuál de las dos fue la que comunicó antes que

había iniciado el proceso disciplinario. Esta comunicación tiene por fin expresar la intención de avocar directamente un caso y de afirmar la competencia sobre él, separando a la otra entidad del conocimiento del mismo. Esta manifestación expresa la voluntad de conocer primero sobre un caso, para poder asegurarse la competencia sobre él. Así, ella cumple con un objetivo equivalente al de la competencia a prevención, en la forma en que la Corte ha interpretado esta figura. Por lo tanto, ha de tenerse también en cuenta cuál de las dos entidades le comunicó primero a la otra su decisión de tramitar el proceso investigativo.

El artículo 3° de la Ley 734 de 2002, en relación con el poder disciplinario preferente ha indicado que *“la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional”*.

En un primer momento, el inciso tercero del artículo 3° del CDU fue demandado ante la Corte Constitucional, por el ciudadano Oscar Antonio Márquez Buitrago, solicitando la inexequibilidad parcial de la expresión *“la Procuraduría General de la Nación”*, considerando que la mencionada expresión, al otorgar competencia a prevención a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, para conocer de faltas disciplinarias de los funcionarios de la rama judicial, desconocía el principio de separación funcional y colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y organismos autónomos e independientes, y en especial, la cláusula general de competencia *“especial y excluyente”* atribuida al mencionado órgano judicial para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la administración de justicia en Colombia. Por último señaló el demandante, que la competencia disciplinaria de la Procuraduría es genérica, y por tanto, la competencia en

relación al control de los funcionarios de la rama judicial es particular del Consejo Superior de la Judicatura y no puede ser alterada por la Ley.

Por su parte el Procurador General de la Nación mediante concepto previo de constitucionalidad, manifestó que la norma demandada se ajustaba a la Constitución Política, porque acogía la jurisprudencia de la Corte, vertida en la Sentencia SU-037 de 1998, sobre la competencia a prevención de la Procuraduría, el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura para ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios de la rama judicial.

Con ocasión del concepto del Agente del Ministerio Público, que señaló que la competencia a prevención entre la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura respecto de la acción disciplinaria contra funcionarios judiciales es constitucional porque la Corte mediante Sentencia SU-337 de 1998, la declaró constitucional, es preciso manifestar que los presupuestos para la declaración de exequibilidad de la norma contenida en el artículo 3° de la Ley 200 de 1995 – poder preferente- son distintos a los de ahora, porque en la anterior Ley la norma hacía referencia al poder preferente de la Procuraduría General de la Nación respecto de cualquier rama u órgano del poder público, sin que se refiriera especialmente si la norma también aplicaba a los funcionarios de la rama judicial, que por disposición constitucional tenían su competencia atribuida al Consejo Superior de la Judicatura, que si bien no era excluyente, no faltó quien interpretara la norma en el sentido que se refería a las personerías y oficinas de control interno disciplinario y no a un alto organismo judicial como el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, lo que hizo la Corte Constitucional para resolver la tensión competencial entre la Procuraduría General de la Nación y la rama judicial, fue definir que el problema jurídico planteado, se definía por vía de interpretación en el sentido que se entendía que la competencia era a prevención.

En cuanto que a la ley le corresponde señalar que la competencia es a prevención el examen constitucional es otro, porque nos ubica en un escenario diferente. No se trata de definir la tensión competencial entre la Procuraduría y el Consejo Superior ante el vacío del artículo 3° de la Ley 200 de 1995, sino que por el contrario se trata de comparar la disposición legal con las disposiciones superiores, para concluir, si es conforme a la Carta que la Procuraduría se inmiscuya en los asuntos de la Rama Judicial, que por tratarse de funciones especiales y propias de la administración de justicia, requiere un juez especializado para tal fin. Al respecto la Corte Constitucional declaró la cosa juzgada constitucional, en tanto ya había definido el asunto en Sentencia C-948 de 2002.

Posteriormente, los ciudadanos Carlos Mario Isaza Serrano y Manuel Alberto Morales Támara, demandaron parcialmente el inciso 3° del artículo 3° de la Ley 734 de 2002 en la expresión “Procuraduría General de la Nación”, argumentando que tal disposición vulneraba el numeral 3° del artículo 256 Superior, por cuanto con ella se le confería a la Procuraduría General de la Nación una competencia a prevención que desconocía la competencia reconocida por la Constitución, al Consejo Superior y a los Consejos Seccionales de la Judicatura para conocer de los procesos disciplinarios que se adelantaban contra los funcionarios de la rama judicial. En ese sentido, la precisión es necesaria en cuanto que la Procuraduría sólo puede tener injerencia

como sujeto procesal.

La Corte Constitucional en Sentencia C-948 de 2002 con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, analizó las competencias de los jueces disciplinarios conforme al cargo del demandante, concluyendo que la competencia a prevención entre la Procuraduría General de la Nación y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para conocer de los procesos disciplinarios adelantados contra los funcionarios judiciales desconoce el numeral 3° del artículo 256 constitucional, ya que en estos asuntos la competencia es de la jurisdicción disciplinaria y la Procuraduría solo puede intervenir como sujeto procesal.

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, por su parte, solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma, en relación a la competencia a prevención de que trata el artículo 3° del CDU, precisando que el ejercicio del poder preferente por parte de la PGN como lo señala el numeral 6° del artículo 277 constitucional, es un asunto que ya fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia SU-337 de 1998, dando solución a la dualidad de competencia que en materia disciplinaria ostentaban la Procuraduría General de la Nación (PGN) y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (SDCSJ) y los Consejos Seccionales de la Judicatura – Sala Disciplinaria (CSJSD), al determinar que los conflictos de tal naturaleza entre estos funcionarios se rigen por la institución de la competencia a prevención, que permite que interactúen el poder preferente de la PGN y de la SDCSJ para investigar y sancionar disciplinariamente a los funcionarios de la rama judicial, toda vez que la celeridad con que tales entidades avoquen el conocimiento de una investigación disciplinaria

es la que determina quien ha de conservar el conocimiento del proceso disciplinario hasta su culminación.

La Corte Constitucional por el contrario, concluyó que la función a cargo de los denominados funcionarios judiciales conforme a los artículos 256, y 277 de la Carta, significa que *“por una parte, que al Procurador corresponde la vigilancia superior de la conducta oficial de los servidores públicos y que en cumplimiento de esta función habrá de poner en movimiento los mecanismos de control disciplinario e intervenir en los correspondientes procesos (artículo 277,6 C.P.) y por otra, que el Consejo Superior de la Judicatura, órgano integrante de la propia rama judicial, compete el examen de la conducta y la sanción de las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión en la instancia que señala la Ley (artículo 256, 3 C.P.)”*

Para el Alto Tribunal, en los artículos 256-3, y 277-6 Superiores, es claro que en ellos no se establece una competencia con igual contenido tanto para la Procuraduría General de la Nación como para la Sala jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura, ya que la aceptación para la competencia a prevención, comporta necesariamente la aceptación de la inexistencia de un poder preferente en cabeza de un órgano como la PGN, llamado a desplazar a otro SDCSJ en principio igualmente competente. Entonces, según la Corte lo que se ajusta a la Carta Política es que la jurisdicción disciplinaria constitucionalmente establecida por asignación expresa del Constituyente para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial es la ejercida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, sin que su competencia pueda ser asumida por la PGN o por otra autoridad del Estado.

Por los debates que se han suscitado alrededor del tema, es necesario precisar lo anterior, ya que si bien la competencia de la jurisdicción disciplinaria es para juzgar las conductas de los funcionarios judiciales, que dentro de sus funciones no tienen la facultad de adelantar gestión pública contractual, no es menos cierto que estos pueden incurrir en falta disciplinaria cuando al proferir las providencias judiciales actúan contrariando el régimen jurídico de los contratos estatales; esto es cuando el caso sometido a su examen, es un asunto de orden contractual.

En tal virtud, la Sentencia C-948 de 2002, declaró la inexecutable de las expresiones “Procuraduría General de la Nación” y “a prevención, y en consecuencia la norma quedó así: *“El Consejo Superior de la Judicatura es el competente para conocer hasta la terminación, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional”*. Tienen fuero especial el Fiscal General de la Nación y los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, y de la Sala Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a quienes investigará el Congreso de la República, previa instrucción de la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes, mientras que los empleados de la rama judicial deben ser investigados por sus superiores jerárquicos, oficinas de control interno para la Fiscalía General de la Nación y para la Dirección Nacional de Administración Judicial, sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 41 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, dispuso que además de lo previsto en la Constitución Política la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de los Consejos Seccionales según el caso, examinará la

conducta y sancionará las faltas de los auxiliares de la Justicia, tales como la de los peritos que emiten Avalúos catastrales o comerciales con fundamento en los cuáles el Estado estipula en un contrato de arrendamiento el canon a pagar por parte del Estado si actúa como contratista arrendatario o como contratante arrendador. Así mismo, el perito que emite el correspondiente Avalúo en virtud del cual el Estado estipula en una promesa de contrato de compraventa o directamente en el contrato de compraventa el valor del inmueble o inmueble objeto del contrato, siendo el estado contratista -vendedor o contratante-comprador, o cuando en virtud del correspondiente dictamen que establece el valor comercial del inmueble declarado de utilidad pública, el Estado emite oferta de compra al propietario mediante el mecanismo de negociación directa conforme a la Ley 388 de 1997 o profiere la resolución de expropiación administrativa o demanda ante el juez la expropiación judicial del inmueble.

Así mismo, ocurre cuando el perito es designado por el juez administrativo, civil o Tribunal de Arbitramento de la lista de auxiliares de justicia para cuantificar el justiprecio de un contrato celebrado mediante el mecanismo de urgencia manifiesta que por la inminencia no pudo negociar de manera previa la naturaleza del precio global o unitario del mismo, la cuantificación económica del desequilibrio económico de contrato etc.

Así mismo, el artículo 42 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, dispuso que “ *La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a solicitud de parte u oficiosamente ejercerá el poder preferente jurisdiccional disciplinario, en relación con los procesos que son competencia de sus seccionales, respetando el debido proceso y la doble instancia; igualmente podrá disponer el cambio de radicación de los mismos en cualquier etapa. Para el cumplimiento de estas funciones y las de su competencia creará por medio de*

su reglamento interno las salas de decisión pertinentes”.

1.6 Poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Es pertinente precisar que el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación no se refiere a todas las competencias disciplinarias, sino que de conformidad con la Constitución y la Ley tiene dos elementos necesarios para determinarse:

- a) Por el *fuero especial* atribuido en la Constitución, al Fiscal General de la Nación, a los Magistrados de las altas Cortes y al Presidente de la República.
- b) Por la *competencia legal* asignada a la Procuraduría General de la Nación, para investigar a los Ministros, Gobernadores, Alcaldes, concejales, diputados, gerentes, presidentes y directores de entidades públicas del orden nacional, Contralor General de la República, personeros, contralores territoriales, Magistrados del Consejo Nacional Electoral, Defensor del Pueblo etc. En este caso, no hay posibilidad alguna que se ejerza competencia preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación, ya que el poder preferente se puede ejercer siempre que la ley establezca que el investigado tenga como juez natural disciplinario las oficinas de control interno disciplinario de la entidad donde trabaja, al tiempo que también lo puede investigar la Personería y la Procuraduría General de la Nación.

El ejercicio del poder preferente no puede ejercerse de manera caprichosa, esto es en forma discrecional o arbitraria, y por ello la Procuraduría General de la Nación reglamentó el

ejercicio de esta institución, disponiendo que la misma se asume de oficio o a petición de parte. De oficio implica que la Procuraduría o la personería según sea el caso, la asume cuando tiene conocimiento del hecho por cualquier medio, o cuando quien la solicita es una veeduría ciudadana, alguna organización no gubernamental o cualquier ciudadano. En este caso, la entidad como quien la solicita, sin ser parte en el proceso, recibe la solicitud y si encuentra razones suficientes para hacerlo, procederá de oficio.

Cuando quien solicita el ejercicio del poder preferente es un sujeto procesal, la Procuraduría o personería si encuentra las razones puede asumirlo bajo el presupuesto de petición de parte. Las motivaciones o razones son las siguientes:

- a) Que se esté vulnerando el debido proceso de manera sustancial, de tal manera que se afecten garantías fundamentales, como el derecho de defensa, la administración pronta y cumplida del poder disciplinario, el principio de imparcialidad que se puede alterar para favorecer o desfavorecer al investigado.

En este caso, el ente competente para ejercer el poder disciplinario preferente debe abrir un incidente administrativo en el que debe adelantar las diligencias necesarias a fin de practicar una inspección a la actuación disciplinaria respecto de la cual se pretende ejercer el poder preferente, y dejar constancia en el acta de las actuaciones realizadas, y el funcionario que la practique debe manifestar las razones por las cuales estima que se vulnera o no el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de imparcialidad, o señalar el tipo de injerencia local o de presiones de grupos al margen de la ley que

impide el correcto funcionamiento del ejercicio del poder disciplinario.

Así mismo, hay lugar al ejercicio del poder preferente por parte de la Procuraduría o personerías, cuando el caso objeto de investigación tiene amplia connotación en la comunidad, es decir, tiene trascendencia social. Esta trascendencia no puede ser una valoración subjetiva del funcionario investigador, sino que tiene que evidenciarse, es decir, ser notorio y debe señalar la exteriorización de la misma, o sea, qué manifestaciones exteriores y materiales tiene, hechos en que se concretiza etc. Esta valoración no puede basarse o fundarse en motivaciones morales, sino en hechos objetivos materiales susceptibles de comprobación. Por ejemplo, la omisión del Secretario de Movilidad del Distrito de Bogotá D.C., de reglamentar el plan de manejo de tráfico y desvíos, en lugares donde se construyen troncales urbanas, y como consecuencia de eso la maquinaria causa un grave accidente con pérdidas de vidas y en otros casos ocasionando en ese mismo evento lesiones graves tanto físicas como psicológicas a niños escolares que transitaban en el vehículo que los conducía del colegio a la casa o de la casa al centro educativo. La motivación está determinada por el grave peligro público a que fueron sometidos los niños, cuando sus derechos por definición constitucional prevalecen sobre los derechos fundamentales de los demás y el Estado se obliga corresponsablemente a proteger y garantizar su desarrollo armónico e integral, su interés jurídico superior y el conjunto de sus derechos fundamentales.

El ejercicio del control preferente no debe ser asumido sin motivación porque constituiría una vía de hecho, ya que se están tomando decisiones que pueden afectar al funcionario

respecto del cual se ejerce el poder preferente, de allí que el funcionario con la competencia activa –Procuraduría-, debe correrle traslado al servidor público que ejerce en este caso la competencia pasiva- Oficina de control interno disciplinario o personería-, para que ejerza su derecho a la defensa y señale las razones previas a tomar la decisión por las cuales considera que no se dan los requisitos para asumir la competencia preferente.

Una primera conclusión indica, entonces que sería importante garantizar el derecho a la igualdad en desarrollo del factor subjetivo de la competencia, de tal forma que para eventuales reformas constitucionales futuras, se asigne la competencia disciplinaria para investigar disciplinariamente a Senadores y Representantes a la Cámara a la Corte Suprema de Justicia para que sea el mismo juez que los investiga penalmente el que conozca de sus faltas disciplinarias, ya que la postulación y elección de los Magistrados no tienen origen en el Congreso de la República.

Así mismo, es pertinente señalar, que existe en cuanto a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar a los Magistrados del Consejo Nacional Electoral una inexequibilidad sobreviviente, en tanto el numeral 23 del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2002 le asigna al Procurador General de la Nación la competencia para *“Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los Magistrados del Consejo Nacional Electoral”* y de conformidad con el artículo 264 Superior, los miembros del Consejo Nacional Electoral tienen las mismas calidades que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y si esto es así el juez disciplinario debe ser el mismo, esto es el Congreso de la República, pues el artículo

264 Ibídem dispone: *“El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez.”*

Así se desprende del artículo 305 de la Ley 5ª de 1992, al disponer que son atribuciones especiales de la Cámara de Representantes, la de *“acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, a...los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia”*.

De otra parte, el artículo 312, numeral 1º de la misma ley 5ª de 1992- reglamento del Congreso-le asigna a la Comisión de investigaciones y acusaciones de la Cámara de Representantes la función de....*“Preparar proyectos de acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales a los....Magistrados de la Corte Suprema de Justicia”*; y por último el artículo 313 Ibídem, dispone que son atribuciones especiales del Senado de la República...*“la de conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra...Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia...”*, por las causas constitucionales contenidas en el artículo 233 constitucional que hace referencia a que permanecerán en sus cargos durante el período para el cual fueron elegidos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

Por último, sería importante que con el fin de garantizar el debido proceso para eventuales reformas legales, el poder disciplinario preferente sea debatido no por un incidente administrativo que se adelante ante el organismo que pretende ejercer la competencia, esto es la Personería o la Procuraduría, sino ante el órgano judicial competente según la jerarquía de quien pretenda ejercer la competencia disciplinaria preferente, esto es, si es el Procurador General, debe conocerlo el Consejo de Estado, que deberá resolverlo en un término de diez días, y si es el personero debe ser competencia del Tribunal Administrativo correspondiente con jurisdicción en el territorio del municipio en que ejerce el Personero a quien pretende removerse de la competencia, si se trata de un municipio distrito capital de departamento, o ante el juez penal municipal con jurisdicción en el municipio en los casos en que éstos no sean capital de departamento. Lo anterior, para que un tercero sea quien evalúe las causas previa citación a audiencia del funcionario que pretende removerse de la competencia.

La Procuraduría General de la Nación, adelanta el proceso disciplinario, a través del proceso disciplinario ordinario o verbal, cuya naturaleza es de orden administrativo, luego culmina con una decisión o fallo, contenido en un acto administrativo ya sea absolutorio o sancionatorio. Contra el mencionado acto administrativo, una vez ejecutoriado, procede la impugnación judicial, esto es, la demanda ante el juez administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previo cumplimiento del requisito de procedibilidad del agotamiento de la conciliación prejudicial.

Si bien los agentes del Ministerio Público, conforme a la ley y la jurisprudencia constitucional son autónomos, esto es no dependen jerárquicamente de su nominador que lo es el Procurador

General de la Nación, no es suficiente la definición legal, porque la autonomía antes mencionada en la raíz en ocasiones puede verse afectada por solidaridad de cuerpo, esto es, cuando la demandada sea la Procuraduría General de la Nación, el Agente del Ministerio Público tanto en la conciliación prejudicial como en el proceso contencioso administrativo actúa en calidad de tal, pero como sujeto procesal de un proceso donde su nominador o un compañero incurrieron en la expedición del acto administrativo, acción, omisión u operación administrativa demandada. De allí, que para evitar que la Procuraduría en los procesos contenciosos administrativos no esté representada dos veces, esto es, por el apoderado de la Procuraduría y del Agente del Ministerio Público, lo jurídicamente autónomo e independiente es que en éstos casos sea otro ente como por ejemplo la Defensoría del Pueblo, quien para efectos de la conciliación prejudicial y del proceso judicial sea esta entidad quien oficie como Agente del Ministerio Público.

2. Las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos y de los particulares derivadas del contrato estatal.

Las relaciones generales y especiales de sujeción, constituyen categorías jurídicas que permiten identificar criterios de distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, y el objeto que se pretende garantizar en una y otra disciplina, son los bienes jurídicos que el Estado quiere proteger en la actividad contractual del mismo, así como se busca, que se cumpla el interés jurídico estatal previsto en el régimen jurídico de los contratos estatales para la materialización de sus fines y principios, respectivamente. En el Estado de Derecho contemporáneo, es obvio que las personas respondan por sus conductas cuando estas atenten contra los bienes e intereses

que el Estado quiere proteger, y es la razón por la cual, cuando el Estado define una conducta como punible, las personas tienen el deber de actuar o de abstenerse de hacerlo teniendo en cuenta la descripción que realice la norma jurídica en el tipo penal.

En consecuencia, existen conductas que son delitos, que cometen las personas al infringir la ley penal, como es el caso del hurto o el homicidio; pero existen otras que sólo pueden cometer los servidores públicos, o los particulares que ejercen funciones públicas, o que administren, recauden o manejen recursos públicos, como los delitos de peculado, prevaricato, falsedad ideológica en documento público etc., es decir, conductas cometidas por sujetos calificados.

Allí las relaciones generales de sujeción implican un vínculo entre el Estado y un destinatario común que son todas las personas imputables, en cuanto el Estado describe una conducta como punible con la amenaza de que quien incurra en ella le impone una sanción penal. Por ello, en derecho penal no se prohíben las conductas, simplemente se describen para que quienes incurran en ella se les haga efectiva la amenaza: la sanción. Por lo tanto, la impunidad deslegitima el Estado, porque si quien incurre en la conducta no se sanciona pone en evidencia que el Estado no cumple con la amenaza de la sanción, y se convierte la práctica omisiva e impune en un estímulo para quienes tienen por profesión violar la ley.

Las relaciones especiales de sujeción por su parte, se definen como el vínculo existente entre una persona natural y el Estado, en razón a que ostenta la calidad de servidor público, o porque siendo particular la ley le ha otorgado la facultad para ejercer funciones públicas o administrativas. Es así como en derecho disciplinario se afirma que las relaciones de sujeción

son especiales y excluyentes, en tanto son estos los sujetos a los deberes funcionales que impone el Estado a sus agentes, ya sea porque ejerza un empleo público o reciba un encargo público estatal. Los demás miembros de la sociedad están excluidos del deber funcional que protege el derecho disciplinario y será el derecho penal el que se encargue de sancionar las conductas de los imputables de una sociedad que infringen la ley penal.

Las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria hacen que las conductas descritas en los tipos disciplinarios tengan un contenido distinto a los tipos penales, en tanto describe las conductas como deberes y prohibiciones, lo que hace que la naturaleza y dimensión del juzgamiento de la conducta tenga un alcance distinto, ya que en tratándose de faltas graves y leves las descripciones típicas son los deberes funcionales de los sujetos del derecho disciplinario y las prohibiciones que le impone el mismo legislador y la amenaza del Estado se verifica precisamente cuando la persona incurre en una conducta que constituye infracción a deberes, que puede ser porque se incumplió con el deber por vía de acción u omisión, o porque se incurrió en una prohibición que es también el deber de abstenerse de incurrir en la conducta.

Para las faltas gravísimas previstas en el artículo 48 del CDU son igualmente la descripción de conductas que combinan tanto la vía de acción u omisión, que a diferencia del Derecho Penal no se limita sólo a describir conductas, sino que en este caso cada descripción tiene el alcance de imponer un deber, como cuando el servidor público debe imponer una multa o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, o el deber de declarar la caducidad de un contrato, o de interpretar, modificar, liquidar o terminar unilateralmente el contrato estatal. Pero también la

descripción típicamente disciplinaria es el deber de abstenerse, tal como cuando la falta disciplinaria gravísima hace relación a la obtención de indebido aprovechamiento de recursos públicos, que la doctrina conoce como “enriquecimiento ilícito”.

De acuerdo al anterior postulado, es como afirmamos que las relaciones generales de la sociedad son incluyentes, es decir, su ámbito de aplicación son todas las personas imputables, y el vínculo de sujeción está determinado por la facultad que tiene el Estado de tipificar las conductas de las personas llevándolas a las categorías de delitos, ejerciendo la facultad de cualificar los sujetos activos del mismo tales como el homicidio en donde el sujeto es indeterminado -cualquier persona-, pero también puede identificarlos como sujetos activos determinados y cualificados como en el caso de los delitos de peculado, prevaricato, en tanto únicamente lo pueden cometer servidores públicos. En las relaciones generales de sujeción el sujeto activo del delito es cualquier persona, mientras que en las relaciones especiales de sujeción el sujeto activo de la falta disciplinaria es cualificado, es decir, sólo puede ser un servidor público o un particular con calidades especiales y es que tenga como deber funcional el cumplimiento de funciones públicas o administrativas conforme a los artículos 25 y 53 del CDU.

Las relaciones especiales de sujeción tuvieron su origen con el nacimiento del constitucionalismo alemán, al difundirse la idea que las relaciones del Estado con sus funcionarios se sujetarían al principio monárquico, esto es, a la discrecionalidad del monarca, en donde el vasallo estaba sujeto al rey. Luego, en el Estado moderno liberal los individuos sujetos de manera especial al Estado por estas circunstancias, asumen unas cargas públicas

superiores y distintas a los del resto de ciudadanos que integran la sociedad, que en oposición a las relaciones especiales de sujeción fluyen las relaciones generales de sujeción, predicándose esta última del resto de ciudadanos.

En una segunda etapa, con el surgimiento del Estado liberal y la formación del Estado moderno, que se impone en la segunda mitad del siglo XIX, surgen las relaciones generales de sujeción como un instrumento que permitía someter al Estado a los ciudadanos que no tenían vinculación con él, con esta teoría se transforman las relaciones especiales de sujeción, que daba cuenta de un especial vínculo entre un administrado y el Estado como mecanismo para mantener y dirigir al funcionario en el cumplimiento de sus deberes como se lo exige el ordenamiento jurídico en su condición de servidor público.

Con el surgimiento del Estado interventor, que por requerir de una estructura organizacional compleja por el crecimiento de sus funciones, necesitaba de funcionarios especializados para incidir en la economía y la sociedad. Tales funcionarios necesariamente debían cumplir deberes estatales de alta responsabilidad, para lo cual debían obrar bajo la disciplina y el estricto cumplimiento del deber, conforme lo exige la ética pública; pues el objeto de la nueva función intervencionista estatal es la administración del bienestar, es la razón por la cual se impone la injerencia del poder público para asegurar materialmente los derechos y libertades de los particulares.

Las relaciones especiales de sujeción en el Estado social, democrático, participativo y constitucional de derecho tienen las siguientes características:

- a.- Sitúa al funcionario en una posición jurídica distinta a la del resto de los ciudadanos, en tanto le señala el cumplimiento de deberes funcionales vinculados al funcionamiento del Estado que no se lo exige al resto de los ciudadanos.
- b.- Le permite al operador jurídico distinguir la potestad sancionadora en general que tiene el Estado en materia penal en cuanto los sujetos activos del delito son todos los imputables, de los sujetos activos de la falta disciplinaria que son los servidores públicos y los particulares con encargos funcionales públicos.
- c.- Justifica la aplicación del principio de legalidad y de reserva legal, en cuanto los sujetos del derecho disciplinarios deben tener claro cuales son los comportamientos activos u omisivos constitutivos de falta, y también deben conocer cuales son los órganos competentes para expedir los reglamentos y las normas tanto de carácter disciplinario como de carácter penal.
- d.- Permite identificar los alcances de las sanciones disciplinarias y su congruencia, coexistencia o compatibilidad con las sanciones de carácter policivo, penal y fiscal, sin que se vulnere el principio del *non bis in idem*, en tanto dada las relaciones de sujeción que aplique, se identifica el bien o interés jurídico que se protege en uno y otro, que necesariamente debe ser distinto. En las relaciones especiales de sujeción radica la importancia de las faltas gravísimas, dado el interés jurídico que se protege con ellas, y

el deber funcional incumplido ya por una conducta de acción u omisión de un sujeto activo del derecho disciplinario, es por lo que el CDU las define de manera taxativa, sin dar lugar a que su calificación dependa de un juicio de valor que realice el operador jurídico.

Las conductas categorizadas como faltas disciplinarias, son de una entidad tal, que la infracción al deber contenidas en ellas afectan de manera importante los intereses estatales, y para que exista certeza y seguridad jurídica sobre su contenido y alcance el legislador las ha establecido de manera taxativa, de modo que no es posible graduar su sanción en tanto una vez probada la conducta descrita en el tipo a título de dolo o culpa gravísima, la sanción prevista en ella es la de destitución del cargo, salvo que se haya realizado con culpa grave, evento en el cual la sanción a imponer será la de suspensión en el ejercicio del cargo. La graduación de la sanción sólo es posible cuando la falta sea leve o grave y para la gravísima sólo es posible graduar la sanción de inhabilidad, a través de la técnica de la dosimetría sancionatoria, pues sólo es dable aplicarla en el juzgamiento de las faltas gravísimas, cuando concurren los atenuantes del artículo 43 de CDU, imponiendo la sanción prevista en la norma, pero la inhabilidad general se impondrá según concurren agravantes o atenuantes según las reglas de la sana crítica, y conforme al juicio razonable y proporcional que realice el operador jurídico competente.

Las relaciones especiales de sujeción, encuentran fundamento constitucional en los artículos 6º, 116 y 124. En el artículo 6º en cuanto señala dos principios:

- a.- La cláusula general de competencia, que le atribuye a los servidores públicos responsabilidad por infringir la Constitución y la ley, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior indica, que el ordenamiento jurídico le atribuye unas funciones a cada servidor público en razón a la naturaleza de la rama, nivel u órgano del poder público en la que se encuentre vinculado, de tal manera que este sólo pueda realizar aquellas funciones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico.

- b.- El principio de competencia permite que el servidor público cumpla su deber, sin que exista la posibilidad de omitir el deber de actuar por considerar que tales funciones le corresponden a otro funcionario, salvo los casos de delegación, desconcentración y descentralización, en los que sirve para generar seguridad jurídica a los administrados, debiendo producir el acto jurídico donde se traslada la competencia al funcionario de inferior jerarquía. Este principio se aplica igualmente a los particulares sometidos a las relaciones especiales de sujeción en el sentido que son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, pero ellos pueden realizar todo lo que no les esté expresamente prohibido, es decir, lo no prohibido les está permitido.

El contenido de sus faltas disciplinarias son conductas de prohibición, de deberes y obligaciones; las otras son descripciones típicas penales, que también lo son disciplinarias porque en virtud del artículo 55 del CDU las conductas punibles que realicen los particulares sujetos del derecho disciplinario constituyen faltas siempre que la haya realizado a título de dolo en virtud y con ocasión de sus funciones públicas o

administrativas u obligaciones contractuales.

Debe precisarse que los particulares que estén sometidos a la relaciones especiales de sujeción, es decir, aquellos que ejercen funciones públicas o administrativas y que son sujetos del CDU, se les aplica de la misma manera el régimen disciplinario que a los servidores públicos, esto es, sólo puede hacer aquello que les autoriza expresamente el ordenamiento jurídico, en tanto las especiales condiciones jurídicas que les asiste en virtud de las cuales ejercen funciones públicas los habilita sólo para realizar lo que el mismo Estado les autoriza conforme a los artículos 210 y 365 y ss. constitucionales y a la Ley 489 de 1998.

Las relaciones especiales de sujeción, se constituyen en un límite constitucional al derecho fundamental previsto en el artículo 16 de la Carta Política, es decir, la tensión existente entre el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y las relaciones especiales de sujeción, se resuelve a favor de este último, ya que la misma norma constitucional señala que este deber-derecho tiene que garantizarse sin mas limitaciones que los que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico que en este caso, lo constituye el límite del servidor público de no actuar conforme a ese derecho, sino en los términos autorizados por la norma que le impone un deber funcional en relación directa o indirecta con el servicio que presta.

Un ejemplo, puede ser el deber de abstenerse de ejecutar en el lugar de trabajo actos contrarios a la moral o las buenas costumbres, o incumplir de manera reiterada sus obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales, conforme al artículo 35

del CDU.

Este tipo de relaciones contienen un plus de responsabilidad de los servidores públicos frente al Estado y a los asociados, en el que el núcleo esencial de la falta es lo antijurídico, constituido por la infracción a un deber, puesto que el objeto de regulación es la conducta del sujeto activo de la falta. Como corolario de lo anterior, encontramos que el derecho disciplinario cuyo fundamento constitucional lo constituyen los artículos 6º, 123, 124, 118, 256, numeral 3º y 277, numeral 6º de la Carta tiene como objeto la conducta oficial del servidor público o particular sujeto a este régimen, lo cual se determina dentro del servicio al Estado y a la comunidad, que se jura cumplir y su posterior tipificación como falta disciplinaria si se llegaren a infringir por acción u omisión. El reconocimiento de la naturaleza constitucional de las relaciones especiales de sujeción existentes en el derecho disciplinario ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, que reconoció dicho carácter.

Es necesario señalar, que la doctrina ha venido desarrollando la existencia del principio de permisión a partir del artículo 6º constitucional con un carácter limitado como objeto del derecho sancionador. En la esfera de la reglamentación de la autonomía privada se aplica el postulado de que todo está permitido salvo aquello que está expresamente prohibido; mientras que frente a las competencias de los órganos públicos se aplica el postulado opuesto de que todo está prohibido, excepto lo que está expresamente permitido. En mi opinión, el principio de permisión en Colombia aplica únicamente en aquellos actos o circunstancias en donde la consecuencia jurídica de la realización de la conducta prevista en la norma no sea una sanción penal, o disciplinaria; es decir, el principio de permisión podemos definirlo como la facultad de

realizar toda acción u omisión cuya consecuencia no constituya delito, falta disciplinaria conforme al ordenamiento jurídico vigente al momento de su comisión, y tal deber o función no esté expresamente atribuida a otra autoridad.

Así, cuando una norma no le autoriza expresamente una actuación a un funcionario, pero tampoco está asignada o atribuida a otro funcionario público de manera especial, el servidor público que tenga funciones afines a ella, es decir por la naturaleza funcional de la entidad donde labora y por la materia de que conoce su despacho, puede tomar la decisión en virtud del principio de permisión, siempre que en el ordenamiento jurídico no se encuentre prevista para tal conducta una sanción penal o disciplinaria de manera expresa, vale decir, que estemos en presencia de una conducta irrelevante al escenario disciplinario por ausencia de legalidad de la falta o de destipificación de la misma. Las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria, cuando el objeto a disciplinar son las relaciones contractuales del Estado con los particulares o con el mismo Estado, parte de las personas naturales vinculadas en el contrato que debe ejecutar o cumplir las obligaciones que surgen en desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes, a saber: El Estado siempre actúa a través de sus agentes públicos, que comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público. Ellos son los servidores públicos que por ser los representantes legales de las entidades públicas o por ser los jefes de las mismas, suscriben los contratos que demanden las necesidades públicas previstas en los planes estratégicos de desarrollo económico y social, y los correspondientes presupuestos de las entidades públicas.

También pueden actuar en representación de las entidades públicas, aquellos servidores públicos en quienes el jefe del organismo ha delegado total o parcialmente la facultad de contratar o adelantar procedimientos de contratación, y también son responsables aquellos servidores públicos, que no comprometen directamente la responsabilidad contractual del Estado, pero que en razón de sus funciones realizan actuaciones tendientes a ejecutar el contrato, tales como el pago del anticipo, el reconocimiento y pago de las cuentas, el recibo de los suministros de bienes y servicios, etc. De otra parte, son sujetos del derecho disciplinario los interventores de los contratos estatales, o los particulares directivos de Administradoras Públicas, Cooperativas o de quienes cumplan los servicios previstos en el artículo 25, 53 del CDU y el artículo 366 de la Constitución Política, que actúan en nombre del Estado y por ende comprometen su responsabilidad contractual; así como los representantes legales de las Corporaciones y fundaciones que promueva el Estado.

Es así, como las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria, en el caso que nos ocupa, se estructura a partir del principio de legalidad contractual, que no es otra cosa que el deber funcional de todos los agentes del Estado que he señalado y que actúan comprometiendo directa e indirectamente la responsabilidad contractual de este. El deber funcional de estos agentes públicos, es la sujeción a los regímenes de contratación Estatal aplicables en cada caso; su desconocimiento implica infracción al deber, elevado a la categoría de falta disciplinaria que conforme al CDU, constituye falta gravísima como ocurre con todos los comportamientos contractuales descritos en los tipos disciplinarios cuando la conducta ocurre en virtud y con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación de un contrato estatal.

Es importante señalar, que el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, modifica el artículo 53 del Código Disciplinario Único, en cuanto amplía y precisa el alcance de los particulares sujetos del derecho disciplinario al disponer que *“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplen labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tiene que ver con éstas, ya q quienes administren recursos públicos u oficiales.*

Se entiende que ejerce función pública aquél particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administren recursos públicos aquellos particulares que recauden, custodian, liquidan o disponen el uso de retas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que éstas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”.

Conforme al artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, los consultores de diseños, interventores, supervisores y contratistas asesores externos de prestación de servicios profesionales tanto externos como de apoyo a la gestión son sujetos del derecho disciplinario, para lo cual se les aplicará el régimen del artículo 53 y 55 del CDU.

3. Del deber funcional del sujeto disciplinable al ilícito contractual.

Para determinar los alcances del deber funcional de los sujetos del derecho disciplinario, con relación a las actuaciones de naturaleza contractual, es necesario señalar que el deber funcional no es cosa distinta al contenido obligacional que incorpora una norma jurídica en un caso concreto, que deberá cumplir el servidor público o el particular sujeto del derecho disciplinario cuando debe actuar por vía de acción o de abstención con relación a un contrato estatal. Es decir, es el régimen jurídico de los contratos, que en este trabajo hemos denominado el derecho público de los contratos estatales, que contiene las normas jurídicas que impone el deber ser de la actividad contractual pública, vale decir, el que señala la *“contratación debida”*.

Por oposición a ella, encontramos la *“contratación indebida”*, como ilícito contractual, que parte de la infracción al deber funcional que tienen las partes del contrato de asumir o realizar comportamientos contractuales conforme a derecho. Lo anterior implica que el ilícito contractual, constituye falta disciplinaria, y está inmerso dentro de las relaciones generales y especiales de sujeción: Los sujetos activos de los delitos de contratación indebida serán cualquier persona tanto servidores públicos como particulares que incurran en una conducta

ilícita dentro de cualquier fase del contrato estatal. Mientras que si el autor del ilícito contractual es un servidor público o los particulares que contratan en virtud de que son titulares de la función administrativa, además de incurrir en delito responderán por la falta disciplinaria, en virtud del especial vínculo que los une con el Estado.

Como se puede observar, el deber funcional del servidor público pervive en función de la noción de la ética pública que es lo que motiva al legislador a expedir normas jurídicas en tanto este tipo de ética no es incompatible con el derecho, ya que hace mas democrático y transparente el manejo de la cosa pública y por ende mas legítima las decisiones de los servidores públicos. Esta ética ya no está sometida como en la época del oscurantismo al subjetivismo del operador jurídico, sino al derecho, y tiene aplicación el derecho disciplinario nutriéndose no sólo de la sociología jurídica, de la filosofía jurídica sino también de los criterios ontológicos que le aporta la teoría general del derecho

El deber de la persona de actuar conforme a una norma moral está determinada por un conjunto de actuaciones que la sociedad, sus creencias personales, religiosas, políticas o prácticas culturales, le impongan en el sentido de hacer o no hacer, y cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia una sanción del grupo social o de la propia conciencia de la persona. Allí en el escenario de la norma moral la persona es autónoma, en tanto se dicta sus propias normas, la conciencia es su propio juez. En el escenario de las normas jurídicas, el hombre es heterónomo, porque es el Estado quien le impone las normas y un tercero -el juez-, quien le impone las sanciones ante su incumplimiento. En el derecho contemporáneo, existe una -ius- regulación del Estado frente a la ética y la moral pública para evitar que se afecte la

legitimidad de las instituciones estatales.

En este campo existen las normas jurídicas cuyo contenido es ético y trasciende a la moral, que desde luego es calificada en tanto hacemos referencia a la *“moral pública”*, es decir, el Estado conforme a los valores y principios que protege y que son orientadores de las actuaciones de los servidores públicos cuyo fin es el de construir y desarrollar el modelo de Estado que se pretende alcanzar. Eso conlleva a que el derecho disciplinario conciba el contenido de los tipos disciplinario como conductas descritas en normas jurídicas cuyo contenido son morales y éticas, pero revestidas de un carácter público, de tal manera que su incumplimiento infringe los intereses del Estado y de la sociedad, que las ha tomado como suya. Es lo que se conoce como *“ética pública”* o *“moral pública”*, que reviste las normas disciplinarias que pretenden blindar la contratación estatal para que esta sea conforme a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, así: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad administrativa, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.”* (Negrilla fuera de texto) El artículo 88 constitucional, reglamentado por la Ley 472 de 1998 define las acciones populares como mecanismo de *“protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, la libre competencia económica.”*; y el artículo 182 constitucional, por su parte es más contundente al establecer causales de pérdida de investidura de Congresistas, frente a las cuales la Corte Constitucional ha señalado que dichas causales de pérdida de investidura tienen un sentido ético y sustancialmente disciplinario (La negrilla por fuera del texto original)

De lo anterior, podemos colegir que el deber funcional de los sujetos públicos en el contrato estatal elevados a la categoría de ilícito contractual y por ende a falta disciplinaria gravísima por parte de legislador, tiene un alto contenido ético y de moral pública, en tanto el Estado y la comunidad esperan que los servicios, bienes, obras y los recursos públicos que se invierten a través del contrato estatal, se ejecuten conforme a los postulados de la buena fe y de los principios de la función administrativa, de los intereses generales y públicos de la comunidad, y para que tales actuaciones sean con eficiencia, imparcialidad y transparencia necesariamente deben ser administradas conforme a las reglas de lo que el legislador considera es la ética y la moral pública. Pero debe tenerse en cuenta, que el contrato estatal es el negocio jurídico mas interdisciplinario de las actuaciones públicas, pues en ella está comprometida un amplio margen de conocimientos del saber que trascienden a lo jurídico, pues en los requisitos previos y presupuestos legales, existen requisitos y estudios de contenido social, ambiental, predial, de geología, topografía, de suelos, erodabilidad, drenajes, resistencia material, estructura material, diseños, estructuras arquitectónicas, componentes de obra, cronogramas de obras y de metas físicas que deben ser producidos por la áreas y dependencias de las entidades públicas competentes, o revisadas por los profesionales expertos, razón por la cual opera el principio de confianza, el principio de especialidad y de división del trabajo, que se traduce en que el para producir una actuación debe soportarse y aportarse todos los requisitos previos exigidos por el ordenamiento jurídico, razón por la cual no le es dable al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica como tampoco al ordenador del gasto contractual dudar de la idoneidad de cada uno de los documentos aportados, pues recordemos que en materia disciplinaria opera el principio de responsabilidad subjetiva, esto la responsabilidad por el hecho propio, y no por el hecho ajeno.

Serán los responsables de los estudios y diseños y de la ejecución de la obra, del seguimiento del cronograma de obras y de metas físicas, los encargados de certificar tanto al jefe de la Oficina Jurídica como al ordenador del gasto de la Entidad, el desarrollo del proyecto, el cumplimiento o incumplimiento del contrato en materia de ejecución, de establecer la conexidad que existe entre unas obras y otras para efectos de autorizar, aprobar y suscribir las adiciones a los contratos, las actas de mayores cantidades de obras y los contratos adicionales.

De allí que en materia disciplinaria, si queremos honrar el principio de responsabilidad subjetiva, no hay forma de exigirle al Jefe de la Oficina Jurídica que se abstenga de autorizar, aprobar o suscribir una actuación contractual, cuando los requisitos y presupuestos previos para tomar la decisión, están elaborados y certificados por los profesionales y dependencias competentes, porque lo contrario sería aceptar que el derecho tiene la virtud de exigir lo imposible, por encima del principio de distribución de competencias, del principio de especialidad y de división del trabajo, pues el derecho como conjunto de norma que integran el ordenamiento jurídico está para exigir lo posible, al punto que existen eventos en que la norma autoriza actuar al servidor público en determinado momento cuando no se le puede exigir una conducta distinta a la realizada y es lo que se conoce como la inexigibilidad de otra conducta.

La ética pública se logra con la exigencia que hace el legislador a los servidores públicos de cumplir con los deberes impuestos en los códigos de conducta, que en razón a la intensidad con que el Estado quiere garantizar los intereses jurídicos las califica de faltas leves, graves y gravísimas. La importancia que da el legislador disciplinario al contrato estatal, se evidencia

cuando en el artículo 48 del CDU, estableció como falta gravísima todos los comportamientos contractuales de los servidores públicos y de los particulares que actúan como interventores, o como prestadores de los servicios públicos previstos en el artículo 366 de la Constitución Política, y que ha regulado la Ley 99 de 1993 en materia ambiental; la ley 142, 143 de 1994 y 689 de 2000 – aseo, acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental; con excepción de los servicios de telecomunicaciones, energía y gas en materia de servicios públicos domiciliarios; y la Ley 30 de 1992, Ley 115 de 1994 para la educación superior, preescolar, primaria, media y secundaria; la Ley 10 de 1990, 100 de 1993 en materia de seguridad social en salud, incluyendo la Ley 715 de 2001 sobre sistema nacional de participación en salud y educación.

El Consejo de Estado ha venido reafirmando el carácter ético de las faltas disciplinarias descritas por el legislador, al establecer que *“mientras en el proceso penal se busca preservar bienes sociales amplios, en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de esta frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la eficiencia y la moralidad de la Administración pública”*. De esta manera las normas éticas se convierten en jurídicas, y su contenido es instrumentalista y finalista.

El concepto de deber funcional, necesariamente nos conduce a definir dos instituciones jurídicas:

- (i) De una parte, la norma legal que establece la obligación del cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer a una persona, es decir, el deber contenido en una norma de derecho positivo.

- (ii) De otra parte, el sujeto pasivo de la imposición de un deber, que al ser objeto de estudio del derecho disciplinario no puede ser una persona indeterminada, sino que el deber se impone a una persona cualificada y determinada, que son los servidores públicos y a los particulares ya como deberes o como obligaciones contractuales.

El deber se califica de funcional porque se impone en razón a la competencia de un servidor público, para realizar actuaciones y tomar decisiones sobre una materia determinada. Estos asuntos, están previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos y se constituyen en el marco de acción de los servidores públicos, cuyo límite entendemos es la noción de empleo; que se define como el conjunto de funciones, deberes competencias, procedimientos y responsabilidades que le asigna el ordenamiento jurídico de manera específica a una persona que previa posesión del cargo entra legítimamente a ejercer las funciones contenidos en este.

En nuestro ordenamiento jurídico, la acepción empleo se utiliza de manera sinónima con el de cargo público, por tanto en el derecho disciplinario tiene las mismas consecuencias, y no produce efecto distinto cuando se utiliza una u otra terminología, pues así lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado de manera reiterada y la Constitución Política al disponer en su artículo 122, que *“no habrá en Colombia empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”*, y seguidamente concluye la misma norma: *“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”*.

Comoquiera que la Constitución y la ley autorizan a los particulares para ejercer funciones públicas y administrativas, y la de prestar servicios públicos directamente o mediante concesión, dada la naturaleza pública de los servicios que prestan, existen cargas públicas que deben soportar los particulares, y con ellas surgen deberes que tienen que ser también funcionales en tanto se los asigna el ordenamiento jurídico y los convenios administrativos en virtud de los cuales los particulares actúan en nombre del Estado y se les traslada competencia y titularidad de funciones administrativas públicas.

El ilícito disciplinario contractual, es una conducta elevada a la categoría de falta disciplinaria cuyo contenido tiene tres dimensiones:

- (1) La contrariedad de una conducta con el derecho, es decir, la ilicitud deriva de la prohibición de determinado comportamiento y la responsabilidad se deriva porque el sujeto realizó –acción-, la conducta teniendo el deber de abstenerse.
- (2) La contrariedad no es con el derecho en general, sino específicamente con el ordenamiento jurídico disciplinario que impone la necesaria relación entre conducta y deber, esto es hacer todo lo que esté expresamente permitido o autorizado y abstenerse de realizar lo prohibido, ya que hacer lo contrario es no actuar conforme a los principios de la ética pública que debe orientar el manejo de la cosa pública.
- (3) La materia jurídica o el objeto sobre el cual recae el comportamiento ilícito, y es la actividad contractual de la administración. En síntesis, el ilícito disciplinario contractual

es la realización de una conducta contraria a derecho por parte de una persona imputable, descrita en la norma jurídica como el deber de actuar o de abstenerse - acción u omisión- frente a la actividad contractual de la administración en la fase de preparación, ejecución y liquidación del contrato estatal.

Así las cosas, cuando el legislador expide un Estatuto de Contratación Estatal, tiene como finalidad que de una parte el Estado satisfaga los intereses generales de la comunidad prestando de manera eficiente y transparente los servicios a cargo; así mismo, el particular contratista, debe colaborarle al Estado en la consecución de esos fines, pero percibiendo desde luego su utilidad.

Cuando los servidores públicos actúan contrariando esos fines, desconociendo el ordenamiento jurídico, o porque actuando dentro de este, el contrato una vez ejecutado no satisface los resultados esperados, tal comportamiento recibe la denominación de ilícito disciplinario contractual, y a ello el CDU le atribuye una consecuencia jurídica: la sanción disciplinaria. De allí, que exista una relación entre contratación indebida y corrupción, a la manera como lo define Adela Cortina: La Corrupción, *“es entendida como el fenómeno por el cual el funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa”*.

Con el surgimiento del Estado interventor y con el advenimiento del Estado competidor, en donde este es un agente mas del mercado, debido a que el artículo 333 Superior, estableció como derecho fundamental la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libertad económica

sin mas requisitos que los expresamente previsto en la ley, el Estado contemporáneo se puede definir como un Estado tanto contratista como contratante, y de allí que sea necesario que el derecho disciplinario se ocupe de las conductas contractuales como su objeto de protección, ya que en la preparación, ejecución y liquidación de los contratos se realizan conductas oficiales de los servidores públicos estatales, como también conductas oficiales de particulares a quienes se les ha impuesto deberes funcionales con relación a este negocio jurídico.

El contrato estatal según su tipología tiene diversos fines, que desde luego todos son públicos, y es el caso del contrato de obra pública, el de prestación de servicios de salud, educación, concesión de obras, bienes y servicios, en donde se puede afirmar que tiene como fin satisfacer necesidades generales o de interés público, es decir, es un instrumento para realizar o materializar la justicia social. Pero los contratos estatales de fiducia pública, encargo fiduciario, suministro de bienes y servicios entre otros, para el funcionamiento de las entidades públicas, si bien sus fines son públicos, no se puede afirmar que estos sean un instrumento de justicia social.

Esto es importante precisarlo porque en atención a los fines que persigue cada tipología contractual, se determinan las esencialidades propias del juicio de responsabilidad disciplinaria cuando se investiga cada conducta o comportamiento ilícito contractual. Existen contratos estatales cuyo objeto tiene como destinatarios directos los miembros de la comunidad, pero existen otros cuyo fin es el de obtener rendimientos financieros como es el de fiducia pública, luego la diferencia entre los primeros y los segundos es que en uno el contrato tiene el fin de realizar justicia social, mientras que el segundo es el de fortalecer el papel del Estado

competidor en una economía de mercado.

Por eso, no se comparte la definición extrema o absoluta que hace del contrato estatal el Profesor JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, al señalar: *“El contrato es ante todo y por sobre todo una herramienta para lograr justicia social”*.

Tal precisión es relevante, para cuando se este realizando un juicio de responsabilidad disciplinaria, no se puede tener en cuenta esta definición genérica para juzgar todos los comportamientos con la misma consideración como si no existiera diferencia entre ellos, ya que las obligaciones en los contratos de concesión, de prestación de servicios públicos, de mantenimiento de bienes de uso público tienen mucha mayor relevancia para los administrados que los contratos de mantenimiento de un bien fiscal que sólo lo utiliza los agentes estatales como los vehículos para el transporte de los gobernadores, alcaldes y secretarios de despacho.

En cuanto a la acusación del artículo 5°. de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-948 de 2002, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, declaró la exequibilidad de la norma con el siguiente argumento:

Para la Corte...resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es

sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria. Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

De conformidad con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se tiene que si bien declaró la exequibilidad pura y simple del artículo 5° de la ley 734 de 2002, el Alto Tribunal estimó que las faltas disciplinarias no pueden ser de mera conducta, sino que como lo exige la norma y lo precisa la Corte, el contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines, de tal manera, que el juzgador disciplinario debe establecer en que grado o medida la conducta alteró o perturbó el correcto funcionamiento de la gestión pública.

El deber funcional, se predica de los servidores públicos en cualquiera de sus categorías, esto es empleados públicos, trabajadores oficiales, miembros de corporaciones públicas y servidores de periodo fijo, ya sea de carácter permanentes o transitorios, esto es, los particulares que actúan como servidores públicos transitorios como los son los jurados de la mesas de votación, miembros de comisiones de escrutinios electorales, los miembros de las juntas o consejos directivos, miembros de comisiones gubernamentales etc. Los deberes funcionales, están descritos siempre en una norma jurídica, cuyo punto de partida es la actuación compleja constituida por el acto de nombramiento o elección del servidor público, junto con el acto de posesión para el ejercicio del cargo o empleo público, y en tratándose de trabajadores oficiales, el acto que lo vincula al deber funcional es el contrato de trabajo celebrado con el ente estatal, del que hace parte el reglamento interno de trabajo, aprobado por un acto administrativo expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Pero en tratándose de los contratistas estatales, conforme a la Ley 1474 de 2011, son sujetos del derecho disciplinario, los contratistas de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión; los contratistas estatales sin importar su tipología, cuando tienen como obligaciones, el ejercicio de actividades propias de la función pública o administrativa, delegada, transferida, desconcentrada, asumida o atribuida al contratista estatal; así como también son sujetos del derecho disciplinario los contratistas de consultorías, cualquiera que sea su modalidad, esto es, conforme al numeral 2o del artículo 32 de la ley 80 de 1993, los que tengan como objeto alguna de las siguientes actividades o combinación de ellas:

- a. Los contratos de consultoría que tienen por objeto los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión.
- b. Los contratos de consultoría que tienen por objeto los estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos.
- c. Los contratos de consultoría que tienen por objeto las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.
- d. Los contratos de consultoría que tienen por objeto la interventoría.
- e. Los contratos de consultoría que tienen por objeto la asesoría técnica, jurídica, económica o financiera, que implique el cumplimiento de obligaciones a través de la entrega de productos que constituyan esquemas para que las entidades públicas realicen sus propios productos, tales como la asesoría técnica para que las entidades públicas directamente realicen el rediseños, adaptaciones, ajustes y complementaciones. La asesoría económica para que la entidad directamente realice estudios de mercado, estudio de precios, o para la colocación de un producto de la entidad en el mercado; la asesoría para que las entidades hagan directamente la valoración de la empresa, de sus activos etc. Y la asesoría jurídica en la modalidad de consultoría, que implica la elaboración de productos tales las minutas de los contratos, pliegos de condiciones, la integración de comités evaluadores y asesores de los procesos de selección y de sus ofertas de las entidades estatales.

f. Los contratos de consultoría que tienen por objeto la gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Debe tenerse en cuenta, que no se puede confundir el objeto y las obligaciones generales y especiales de los contratos de prestación de servicios profesionales, de los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, con los contratos de consultoría bajo la modalidad de asesoría técnica, jurídica, económica y financiera ya que entre ellos existen aspectos comunes y diferencias, así:

Los contratos de prestación de servicios profesionales y los contratos de apoyo a la gestión con los contratos de consultoría tienen aspectos comunes, como que los contratistas son sujetos del derecho disciplinario conforme a los artículos 53 y 55 de la ley 734 de 2002 y la Ley 1474 de 2011 cuando son personas naturales, y cuando los contratistas son personas jurídicas, uniones temporales o consorcios o promesas de sociedades futuras, los sujetos del derecho disciplinario, lo son los representantes legales y los miembros de la junta o consejo directivo tanto de las personas jurídicas cuando son contratistas singulares, como los representantes legales de la unión temporal, consorcio, promesa de sociedades futuras, los representantes legales y miembros de las juntas o consejos directivos de cada uno de los miembros del contratista plural.

La diferencia entre los contratos de prestación de servicios profesionales, contratistas de prestación de servicios de apoyo a la gestión con los contratos de consultoría en cualquiera de sus modalidades, es que mientras los primeros tienen como mecanismo de selección la

contratación directa sin importar la cuantía; los de consultoría si es de menor o mayor cuantía el mecanismo de selección del contratista es el concurso de méritos; y si es de mínima cuantía, el procedimiento de selección del contratista es el denominado por la Ley 1474, como procedimiento de mínima cuantía.

En cuanto al objeto, obligaciones generales y especiales existen diferencias entre los tres tipos de contratos a saber:

a.- El contrato de prestación de servicios profesionales. El procedimiento de selección es la contratación directa, el contratista es sujeto de control disciplinario, sus faltas y sanciones son las previstas en el artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2002 y la Ley 1474 de 2011, responden en materia disciplinaria, penal, civil y fiscalmente por los conceptos que emita y por los juicios y productos que emita y entregue al contratante estatal en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por los errores en que haga incurrir a la administración cuando emita un concepto que sea acogido por la entidad contratante y con fundamento en él se tome una decisión.

El contratista debe acreditar la capacidad, idoneidad y la experiencia requerida para desarrollar el objeto del contrato. La capacidad está dada en razón a que el contratista no esté incurso en causal alguna de impedimento, la idoneidad está determinada por la acreditación del título de educación técnica, tecnológica o profesional en el evento en que el ejercicio de la actividad esté regulado por el ordenamiento jurídico, que exija el correspondiente título de idoneidad para el desarrollo de la actividad respectiva, y la experiencia debe ser definida por la entidad en el pliego de condiciones, teniendo en cuenta el objeto, las obligaciones y las actividades a ejecutar

y requeridas por la entidad pública.

El mencionado contrato, no implica una relación de subordinación laboral, de dependencia jerárquica entre el contratante estatal y el contratista particular, como tampoco implica una afectación de la autonomía profesional, o sometimiento a un horario laboral específico, sin perjuicio, que las partes pueden pactar como obligación del contratista la dedicación exclusiva de éste al asunto objeto del contrato que implicaría que no podría suscribir otro contrato que tenga como objeto la realización de las mismas actividades en otra entidad pública.

b. El contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, es del mismo género de los contratistas de prestación de servicios profesionales, y en razón a ello se parecen en que el mecanismo de selección es la contratación directa, pero se diferencia fundamentalmente en dos cosas: La primera que el cumplimiento de las obligaciones implica el apoyo a la gestión administrativa de la entidad, lo que exige que el contratista solo pueda ejecutar sus obligaciones dentro del horario que le fije la Entidad, por ejemplo el contratista que trabaje en la caja o facturación de un centro médico estatal, en donde debe trabajar dentro del horario que le fije la entidad por el sistema de turnos, o el que ejecute obligaciones en la sala de urgencia de un hospital o clínica pública. La segunda diferencia, es que el contratista de apoyo a la gestión en razón a sus obligaciones, la idoneidad la acredita si para el ejercicio de la actividad la ley exige un título de idoneidad, permiso, licencia o autorización; pero si se trata de labores operativas, administrativas o de servicios generales, si no se exige requisito legal para el desarrollo de tales actividades, basta que por cualquier medio acredite su arte u oficio, tal como el plomero, cerrajero, carpintero etc.

c. Existe otra modalidad de contratista de prestación de servicios, denominado servicios artísticos, que no es sujeto del derecho disciplinario y cuya obligación es la realización de presentaciones artísticas, tales como la contratación para un evento cultural de Diomedez Díaz el artista Vallenato, o de Shakira.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

La primera conclusión que podemos compartir, en relación con el derecho disciplinario de los contratos estatales y la falta disciplinaria en particular, es que el derecho disciplinario como parte del derecho sancionatorio que emana del principio del derecho público denominado ius puniendi estatal, tiene como uno de las actuaciones de la que es parte los titulares de la función administrativa, el contrato estatal.

Nos referimos al contrato estatal, como una de las formas bilaterales de manifestación de la voluntad de la administración, teniendo en cuenta que en los contratos interadministrativos, son dos voluntades estatales las que concurren, pero en los contratos estatales propiamente dichos celebrados entre el Estado y un particular, si bien la bilateralidad se concreta en la concurrencia de la voluntad pública con la privada, el contrato estatal de todas maneras se perfecciona con la voluntad de la administración pública, sin perjuicio de la voluntad privada.

Como quiera que todo objeto de un contrato estatal, tiene la esencialidad de servir de instrumento para materializar los principios y postulados del Estado social de derecho, surge la necesidad entonces, como mecanismo de protección de la correcta marcha y funcionamiento de la gestión pública, que el derecho disciplinario se encargue de tipificar aquellos comportamientos de los gestores contractuales sujetos de este derecho sancionatorio, en procura de establecer sanciones para quien infrinja los principios y reglas de la contratación estatal.

De allí, que la primera categoría jurídica de ese derecho disciplinario de los contratos estatales,

la constituya la falta disciplinaria, en tanto y en cuanto es en ella donde se concreta la vulneración a los con la actividad contractual de las administraciones publicas.

De allí, que la primera gran afirmación, es que mayoritariamente todas las faltas disciplinarias contractuales son de naturaleza abierta, esto es, que el Código Disciplinario Único , describe tipos disciplinarios contractuales en términos genéricos, en donde se requiere para poder estructurarlos, que el operador disciplinario se remita al Estatuto General de Contratación Estatal, a sus decretos reglamentarios, a los regímenes especiales de contratación y a otras normas aplicables a los contratos estatales, tales como las normas ambientales, presupuestales, normas técnicas, tributarias etc. Por excepción vamos a encontrar tipos disciplinarios contractuales cerrados, en donde basta con la descripción que del tipo hace la norma para estructurar la falta.

Finalmente debo concluir, que mientras existe deber funciona para los servidores públicos sujetos del derecho disciplinario, para el particular contratista sujeto de la acción disciplinaria estatal, existe deber obligacional, esto es el cumplimiento de las estipulaciones o compromiso adquirido por el contratista en cada uno de los contratos, ya sea de prestación de servicios profesionales, contratista de prestación de servicios de apoyo a la gestión, de consultoría en cualquiera de sus modalidades, o de un contrato estatal que implique el ejercicio de funciones públicas o administrativas en virtud de la delegación, desconcentración, atribución o estipulación contractual.

El juzgamiento disciplinario en relación a los contratos de prestación de servicios profesionales, cualquiera que sea su modalidad ofrece mucha dificultad desde la óptica de la seguridad jurídica, y se trata de que para el legislador es suficiente, establecer en la Ley la definición de la tipología del contrato, el procedimiento de contratación directa, y los requisitos de capacidad, idoneidad y experiencia, pero para el juzgamiento del mismo, existe el problema jurídico de que no existe norma jurídica que tase los honorarios, de tal manera que cualquier metodología que utilice la entidad pública, puede ser cuestionada por el operador disciplinario y en la práctica lo que se presenta es que los operadores disciplinarios siempre ven con cierta desconfianza la celebración, ejecución y remuneración de los correspondiente contratos de prestación de servicios.

De allí, que la incertidumbre jurídica mientras el legislador o el reglamento no se ocupe de ello, deja a las entidades públicas en manos de la interpretación del operador disciplinario de turno, que siempre se amparará en los debates doctrinarios y jurisprudenciales acerca de los requisitos de capacidad, experiencia e idoneidad y el mecanismo de tasación de honorarios, frente a los cuales la ley poco regula, pero que frente el tema la doctrina y la jurisprudencia entre sí no se ha podido poner de acuerdo mientras que el operador disciplinario acogiendo cualquiera de ellas, decide en algunos casos absolver a los servidores públicos que celebren éstos contratos y en otros eventos por los mismos hechos circunstancias de tiempo, modo y lugar decide sancionarlos en ocasiones frente a varios contratos celebrados por la misma Entidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA DERIVADA DEL CONTRATO ESTATAL

Definido como está el Derecho Disciplinario, corresponde analizar en qué consiste la falta disciplinaria como categoría jurídica del Derecho Disciplinario, cuál es su naturaleza, su estructura; para luego realizar un estudio sistemático del CDU con el Derecho de los Contratos Estatales, y establecer entre ellos una simbiosis, que en términos de responsabilidad jurídica de carácter sancionatorio, no es otra cosa, que el juzgamiento disciplinario de los comportamientos o conductas de los sujetos contractuales que igualmente son sujetos del derecho disciplinario. La responsabilidad subjetiva que de ella se puede establecer es de naturaleza pública-disciplinaria y de carácter sancionatoria.

1. Noción, concepto y naturaleza de la falta disciplinaria en el Código Disciplinario Único- Ley 734 de 2002-.

La falta disciplinaria, es formalmente la descripción taxativa que hace el legislador en virtud del principio de reserva legal -artículos 29, 150 numeral 2 y 10 Superiores-, de las conductas de los servidores públicos o de los particulares sujetos del derecho disciplinario en relación a las competencias funcionales de carácter público que le corresponden, ya directa o indirectamente. Directamente porque los funcionarios en razón a la norma jurídica que le asigna la competencia realiza una conducta típica disciplinaria ya por acción u omisión, o

porque la realiza indirectamente, esto es, porque es coautor en el grado de determinador, o porque la conducta se realizó por la omisión de no ejercer el control de tutela o el control jerárquico que le corresponde a ciertos servidores públicos en razón al cargo directivo que ejerce dentro de la estructura del Estado o al interior de las entidades estatales. Desde el punto de vista sustancial, la falta, es la descripción de una conducta que afecta en alto grado e intensidad los intereses jurídicos estatales, que se concretizan en la afectación de los principios constitucionales de la función administrativa, previstos en el artículo 209 Superior.

De otra parte, existen conductas de los sujetos del derecho disciplinario en el grado de acción u omisión, que constituyen faltas disciplinarias que tienen una relación directa con el deber funcional contenido en la norma jurídica que le señala la competencia, con otras conductas de sujetos que tienen una relación indirecta con determinado asunto, pero que igualmente constituye falta disciplinaria. En el caso de los contratos estatales, podemos explicar la relación indirecta de la conducta con el contrato, en el sentido que el Jefe de un organismo público contratante o contratista incurre en una conducta como la de suscribir un contrato sin el certificado de disponibilidad presupuestal, desde luego la falta será gravísima, grave o leve en el grado de acción u omisión, en cuanto vulneró el deber funcional contenido en el Estatuto General de Contratación que se lo prohíbe e incurrió en el ilícito contractual dada la antijuridicidad material, en cuanto el comportamiento contractual sea contrario al ordenamiento jurídico, y la culpabilidad está dada por el grado reproche que merece el justiciable como autor de la conducta en cuestión.

Pero existe igualmente la conducta del pagador de la entidad contratista, que teniendo el deber funcional de cancelar las cuentas que le presente el contratista según el cronograma de pagos estipulados en el contrato, no lo hace en el tiempo establecido, y por ello la Entidad pública tuvo que pagar más de lo debido inicialmente, porque se pactó que este incumplimiento la hacía incurrir en intereses moratorios.

Este ingrediente fáctico, hace que el funcionario-pagador del Estado contratante, sea responsable disciplinariamente sin que haya intervenido en la selección, suscripción y ejecución del objeto mismo del contrato, ya que con su actuación se afectó el interés jurídico que protege el Estado en el cumplimiento de las estipulaciones contractuales. Si bien no tiene dentro de sus funciones la competencia de comprometer la responsabilidad contractual del Estado, de contratar, hacer interventorías etc.; sí tiene la facultad de realizar actuaciones con ocasión del contrato que de actuar teniendo el deber de abstenerse o de abstenerse teniendo el deber de actuar, afectan los intereses jurídicos del Estado y debe intervenir el *ius puniendi* del Estado, activando la acción disciplinaria para investigar, estableciendo el tipo de responsabilidad y de sanciones que le corresponda al sujeto disciplinario.

El conjunto de las faltas disciplinarias junto con la definición de los principios rectores, y las sanciones previstas para las mismas, constituyen lo que conocemos como el derecho disciplinario sustancial. En relación con la dosificación de los tipos, existe diferencias entre las faltas disciplinarias gravísimas con las faltas graves y leves, ya que las primeras son listadas y taxativas, y el operador jurídico frente a ellas en el ejercicio de la adecuación típica sólo le

corresponde verificar la existencia del presupuesto de hecho y adecuarlo al precepto del tipo disciplinario, y si se encuadra, estaríamos frente a la existencia de una falta disciplinaria gravísima.

Es decir, que el proceso de adecuación típica en una falta disciplinaria es de carácter técnico-científico como lo señala la dogmática jurídica, y la tarea del operador normativo es hacer el encuadramiento jurídico. Es una tarea técnico-científica porque la conducta específica es objetiva, depende de un lenguaje convencional, es decir, lo que la sociedad y la lengua castellana entiende como tal o cual comportamiento. Es Jurídico, porque ese comportamiento objetivo lo encuadra en el tipo disciplinario y frente al derecho se establece la existencia de un comportamiento objeto de una investigación para atribuirle o no responsabilidad de tipo sancionatorio disciplinario.

De otra parte, es una adecuación típica que se apoya en los desarrollos de la ciencia forense, porque en ella el operador debe hacer valoraciones y juicios desde las ciencias auxiliares del Derecho, vale decir, de la Medicina, debiendo profundizar en sus ramas, así como en otras ciencias como la Odontología, la Antropología, la Balística, Grafología, las Ciencias Contables y Financieras etc. Desde luego, existen igualmente diferencias sustanciales entre las faltas gravísimas con las graves y leves, y están dadas porque las primeras contienen ingredientes y deberes funcionales de alta intensidad, en tanto exigen un mayor nivel de protección jurídica ya que tanto los bienes e intereses del Estado que se proponen proteger, son de los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho, así como también son el núcleo esencial

sobre los cuales se edifica el Estado, el derecho y las garantías procesales.

Incurrir en faltas gravísimas, merece el más intenso reproche, en tanto infringen y ponen en peligro los principios, los valores del Estado, desvirtuando en el acto de manera directa, las razones concebidas en la Carta Política que justifican su existencia. También las faltas disciplinarias gravísimas, potencialmente ponen en peligro la existencia del mismo Estado, en tanto desnaturaliza su función, las instituciones se debilitan, se presenta una pérdida de legitimidad y desconfianza de los asociados frente a los gobernantes; mientras que las faltas leves y graves igualmente afectan el correcto funcionamiento de la gestión pública pero en menor intensidad, razón por la cual la sanción de las primeras es la destitución del cargo y para las segundas implica que el afectado no pierde el empleo, y la sanción tiene el alcance de una suspensión temporal, multa o amonestación escrita como señal de infracción al deber, pero que afectó en menor intensidad el correcto funcionamiento de la gestión pública.

El CDU en el artículo 48, consagró un verdadero catálogo de sesenta y tres (63) faltas disciplinarias gravísimas, que establecen presupuestos fácticos y conductas de los sujetos del derecho disciplinario, que afectan tanto en el acto como en la potencia los intereses jurídicos que el legislador ha considerado como núcleo esencial de lo público, de lo estatal. En estas faltas gravísimas no es posible establecer si el legislador las incorpora como deberes y prohibiciones, pero que sí se puede definir en ellas si la conducta descrita fue cometida por el infractor disciplinario por vía de acción u omisión, a título de dolo o culpa, es decir, si el deber funcional consistía en actuar o abstenerse de hacerlo.

2. Normas específicas que tipifican faltas disciplinarias graves y leves en materia contractual.

En el caso de las faltas graves y leves, encontramos que el operador jurídico debe hacer mayores esfuerzos en el proceso de adecuación típica disciplinaria, en tanto los artículos 34 y 35 del CDU, establece de manera general deberes y prohibiciones respectivamente para los sujetos del derecho disciplinario, pero que no es posible establecer su calificación sin más ni más, porque a partir de su lectura, estamos en presencia de una falta leve o grave, y el operador jurídico además de realizar el proceso de adecuación típica que haría frente a las faltas gravísimas, vale decir, el proceso jurídico de adecuación técnico-científica, debe entrar a realizar juicios de valor frente a otras circunstancias de tiempo, modo o lugar que rodearon la comisión de la conducta, como las previstas en el artículo 43 del CDU, conocidas como *“criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta”*. El resultado de esta valoración puede hacer que el operador jurídico califique una misma conducta como falta leve o grave teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo modo y lugar que acompañan al autor o coautor de la misma. Si la conducta está descrita como falta disciplinaria gravísima, es menos complejo el proceso de adecuación típica, en cuanto se reduce al análisis del comportamiento con la norma que la consagra, sin olvidar que al momento de aplicar la sanción a que haya lugar para efectos de establecer el quantum de la inhabilidad debe tenerse en cuenta la afectación al núcleo esencial del tipo disciplinario, y el grado de afectación al interés jurídico del Estado en el correcto y adecuado funcionamiento de la gestión pública.

Ese juicio de valor sustentado en las circunstancias y móviles que acompañaron la realización de la conducta, implica una mayor exigencia al operador jurídico en el proceso de adecuación típica, ya que de este depende la calificación provisional o definitiva de la falta disciplinaria y de ella, el procedimiento para juzgar al presunto responsable, los parámetros dosimétricos para imponer la sanción que corresponda. Cuando la falta disciplinaria es gravísima, el proceso de adecuación típica es menos complejo que para las leves y graves por las razones anotadas, pero de todas maneras las circunstancias de agravación o atenuación de la conducta, o de mayor o menor sanción, están determinadas por el grado de conocimiento de la conducta realizada, esto es, si la falta se cometió a título dolo, o de culpa, ya en el grado de gravísima o grave.

Así mismo, es preciso señalar que la clasificación de las faltas disciplinarias en el derecho sancionador establece que no todas las conductas o comportamientos tienen la misma trascendencia frente a los fines del Estado. Es decir, existen deberes funcionales que de vulnerarse por parte del servidor público afectan con mayor intensidad que otras conductas la adecuada marcha de la gestión pública, los fines esenciales del Estado, los principios rectores de la función pública o administrativa y los derechos y garantías de las personas establecidas como de primera generación -derechos fundamentales-; de segunda generación -derechos sociales, económicos y culturales-; de tercera generación -derechos colectivos y del medio ambiente-; y el patrimonio público. Dada la importancia y esencialidad de estas categorías jurídicas para la eficiencia del Estado, el legislador las califica como faltas disciplinarias gravísimas.

Existen otras conductas que lesionan igualmente los deberes funcionales de los servidores públicos, que no afectan la naturaleza esencial del servicio que prestan las instituciones públicas, como tampoco sus funciones misionales, sino que afectan intereses de menor intensidad, tales como no calificar a los servidores públicos de carrera administrativa en la oportunidad en las condiciones previstas en la ley y los reglamentos –numeral 20, artículo 35 del CDU-, entonces será falta disciplinaria grave si alrededor de la comisión de la conducta concurren agravantes, pero será leve si existen atenuantes, y en todo caso esas circunstancias de valoración dependen de hechos o circunstancias personales o subjetivas del presunto autor, porque la misma conducta puede ser calificada de manera diferente para uno u otro autor o coautor.

Los comportamientos o conductas de los sujetos contractuales, merecen especial atención del derecho disciplinario, en cuanto en todo contrato existen intereses afines, pero también disímiles dependiendo el extremo en que se encuentren las partes frente al contrato estatal. Es así como el Estado al suscribir un contrato, lo hace con el fin de cumplir su principal cometido, el cual es el de satisfacer una necesidad de interés general, es decir, es el fin del Estado gestor. Su propósito es afín con el del particular, en tanto el contratista se comporta como un colaborador del Estado hacia la consecución de ese objetivo. La disimilitud se presenta, cuando en desarrollo de las estipulaciones propias del contrato, el Estado en la ejecución de este debe recibir a satisfacción el objeto del contrato, que puede ser la construcción de una obra pública, el suministro de bienes o servicios; y el contratista por su parte, tiene derecho a exigir una prestación que es el precio del contrato, en un marco de equilibrio financiero, cuya utilidad debe garantizarle el Estado.

En consecuencia, alrededor de la institución del contrato estatal, existen muchos intereses jurídicos que el Estado debe proteger y en este caso encontramos el derecho que tienen todas las personas en condiciones de acceder a un contrato estatal, a participar en un proceso selectivo que debe hacerse de manera objetiva, el derecho colectivo de la comunidad a que los recursos públicos se ejecuten de manera transparente, imparcial, conforme al postulado de la moralidad administrativa, esto es, en tanto el contrato es un instrumento para ejecutar a corto plazo el presupuesto público, a mediano y largo plazo para ejecutar los planes estratégicos de desarrollo económico y social; debiendo de esta manera garantizar la calidad, el precio, la cantidad de las obras, bienes y servicios públicos que el Estado contrata.

Como de por medio está la legitimidad del Estado, la vigencia del ordenamiento jurídico, la salvaguarda del patrimonio público y las necesidades públicas y colectivas, cuya intervención es estatal, siendo el contrato el instrumento a través del cual se garantiza la adecuada inversión pública, es la razón por la cual el legislador dispuso que *“todas las faltas disciplinarias en principio son gravísimas”*., ya que la vulneración a las normas principios contenidas en el derecho público de los contratos estatales, están categorizadas como lo señala el artículo 48 del CDU como faltas disciplinarias gravísimas, vale decir, el principio de planeación, de transparencia, selección objetiva, economía, responsabilidad, ecuación contractual o equilibrio financiero del contrato, causales de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses constitucionales y legales, y el principio de la posición privilegiada de la administración expresada en las cláusulas excepcionales; y la aminoración que sufre el estado en su patrimonio como consecuencia de una actuación de naturaleza contractual.

Las faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves están previstas en la Ley, observan las siguientes características y se rigen por principios que se enuncian, así:

- (i) Cláusula general de competencia.
- (ii) Principio de permisión.
- (iii) Principio de reserva legal.
- (iv) Principio de legalidad de la tipicidad y de la sanción.
- (v) Principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción disciplinaria.
- (vi) Objetividad de las conductas están descritas como acción u omisión.
- (vii) Exigencia de dolo o la culpa en la realización de la misma.
- (viii) Diferencia entre el juzgamiento de las conductas de los servidores públicos con las infracciones disciplinarias de los particulares.
- (ix) Inexistencia de la presunción de legalidad como elemento desestructurador de la falta cuando la conducta consiste en la expedición de un acto administrativo o decisión judicial manifiestamente contrario a la norma superior, a título de dolo o culpa gravísima.

La noción, naturaleza, características, principios y estructura de las faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves encuentran su fundamento dogmático en las fuentes de producción del Derecho Disciplinario, esto es, la dogmática en cuanto la jurisprudencia y la doctrina señalan derroteros, define categorías jurídicas propias de la conducta descrita en el tipo, que no es otra cosa, que la falta disciplinaria que realiza construcciones teóricas para que con las

limitaciones del ordenamiento jurídico, el operador jurídico pueda solucionar casos concretos en derecho disciplinario, que se constituyen en normas provenientes de la elaboración del propio derecho, del método jurídico para su aplicación e interpretación, del reconocimiento de la existencia de un derecho implícito constituido por la doctrina jurídica y los principios generales del derecho.

De otra parte, el sistema de fuentes determinado por los hechos, los actos jurídicos, la legislación y las normas provenientes de las autoridades políticas y de autoridades judiciales, no es otra cosa que el derecho legislado, que materialmente es la Constitución, la ley, los reglamentos y las decisiones judiciales en cuanto son la aplicación del derecho en un caso concreto. Así las cosas, se señalan a continuación, cómo operan esas características:

1. La primera característica de la falta disciplinaria, está sustentada en la *cláusula general de competencia* como presupuesto de todo orden constitucional, en cuanto los Estados conciben la Constitución como un instrumento que guarda coherencia sistemática entre los derechos, libertades y garantías reconocidas a las personas, la permanente tensión que existe entre estos y el ejercicio de las atribuciones propias de las autoridades. La Carta Política, en este orden de ideas es una institución democrática que le impone límites al ejercicio del poder, y el derecho disciplinario es un instrumento de esta para garantizar el sometimiento de los titulares del poder a las atribuciones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico.

Es por ello, que el fundamento de la cláusula general de competencia, como característica de las faltas disciplinarias gravísimas la encontramos en el artículo 6° de la Constitución Política, en cuanto señala la habilitación de las atribuciones o actuaciones tanto de los servidores públicos como de los particulares. En este evento, dispone que los servidores públicos son responsables por vía de acción u omisión al infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, pues las competencias o atribuciones de cada servidor público están previstas en el ordenamiento jurídico. Esta es la razón por la cual el artículo 122 superior, dispone que “*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*”, ya que el límite funcional de los servidores públicos está determinado por las funciones previstas para cada cargo por el ordenamiento jurídico, incurriendo en extralimitación de funciones y por ende en falta disciplinaria, si realiza una función o ejerce una competencia que no le está atribuida expresamente.

2. En este contexto, surge el *principio de permisión* como característica de la falta disciplinaria, que opera por vía general respecto de los particulares y de manera excepcional para servidores públicos. El principio de permisión, encuentra fundamento en el artículo 6° constitucional en cuanto dispone que los particulares en sus relaciones entre sí, o entre los particulares y el Estado, pueden hacer todo lo que no les esté expresamente prohibido, es decir, se invierte la regla frente al servidor público, ya que mientras para este las competencias las ejercen por vía de atribución expresa del ordenamiento jurídico, los particulares realizan sus actuaciones con régimen permisivo, en cuanto deben consultar la ley para ver que no se les prohíbe expresamente. De ahí el aforismo, “*que para los particulares lo no prohibido les está permitido*”.

Desde luego, se trata de actuaciones de particulares que por su naturaleza no tienen reglamentación estatal porque depende del ejercicio de la autonomía de la voluntad del individuo. Pero si se trata de particulares que ejercen funciones públicas o administrativas, que administran o custodian bienes públicos, o que en virtud de un vínculo contractual con el Estado asumen ciertas responsabilidades, como el concesionario de obra, bienes o de servicios públicos, el interventor o supervisor de todo contrato estatal, los curadores urbanos, y todos los que tienen el deber de sujeción a mandatos estatales contenidos en el ordenamiento jurídico o en un contrato estatal, sus actuaciones igualmente deben estar sometidas al régimen de atribución expresa de competencia y no al principio de permisón que opera frente a los particulares.

Pero los servidores públicos, excepcionalmente sí pueden actuar conforme al principio de permisón, desde luego, con la sujeción a los estrictos límites fijados en la Ley. Esto es que cuando un servidor público en virtud de alguna norma jurídica tiene atribuida expresamente una función o competencia principal en relación con determinada materia, en virtud de la cláusula general de la competencia no puede realizar las funciones accesorias si la norma jurídica ha atribuido esa función a otra autoridad. Es el caso de la facultad de los Notarios de protocolizar en escritura pública las compra ventas de bienes inmuebles, y de la función atribuida a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de hacer la correspondiente anotación en el folio de matrícula inmobiliaria y de las autoridades catastrales realizar la actualización de los predios como base para la tributación del predial.

Cuando el orden jurídico atribuye la competencia o la función principal a una autoridad y no le ha atribuido a otro servidor público las funciones accesorias en relación con la misma materia, el principio de permisión que tiene como presupuesto de operación la no usurpación de funciones, permite que la autoridad pueda tomar las medidas integralmente. Esto es, el juez penal al condenar a una persona por el delito de estafa puede tomar las medidas para que las cosas vuelvan a su estado inicial, en este caso puede ordenar la cancelación de las escrituras públicas y el retiro de la anotación del negocio jurídico del folio de matrícula inmobiliaria.

3. El *principio de reserva legal* de las faltas disciplinarias gravísimas, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 122 Superior, que señala que “*la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*”; y en el artículo 150, numeral 2º constitucional, que dispone que le corresponde al Congreso de la República, hacer las leyes, y por medio de ellas expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. En este caso, las faltas disciplinarias gravísimas, tienen la característica de que están sometidas a reserva legal, vale decir, sólo el legislador puede tomar las conductas de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas o administrativas, o que presten servicios públicos y elevarlas a la categoría de faltas disciplinarias. Así mismo, en las faltas disciplinarias previstas en el artículo 48 del CDU, encontramos que por voluntad del legislador se encuentran descritas sesenta y tres faltas gravísimas, en las que no le es dable al operador jurídico interpretarlas para incorporar presupuestos de hechos

distintos a los expresamente previstos en ella.

4. El *principio de legalidad de la tipicidad y de la sanción*, emana del principio de reserva legal, en cuanto exige la existencia previa y anterior de una definición legal. Es decir, el legislador ha debido activar su competencia para tomar las conductas de los sujetos del derecho disciplinario y elevarlas a la categoría de faltas disciplinarias. Las faltas gravísimas lo son, porque las conductas fueron introducidas por el legislador en el tipo disciplinario como presupuestos de hecho, de manera previa, y con su posterior comisión se configura la falta disciplinaria concurriendo los demás ingredientes tanto normativos como fácticos.

Si se avanza en la estructuración del tipo disciplinario, se encuentra que la realización de la conducta se constituye en el presupuesto de hecho de la falta, cuya consecuencia jurídica también debe ser atribuida por el legislador, en este caso la sanción disciplinaria. Si la falta disciplinaria es gravísima, le es dable al operador jurídico establecer si fue a título de dolo o culpa. En el evento en que sea esta última se debe establecer si fue culpa leve, grave o gravísima, ya que esto depende de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrollaron los hechos. Igualmente, la concurrencia de agravantes o atenuantes en las faltas gravísimas, son consideradas para efectos de aplicarle la dosimetría a la sanción de inhabilidad general, mientras que si se trata de faltas graves o leves, su calificación provisional o definitiva depende de un juicio o valoración que realice el operador jurídico de estas circunstancias, vr. gracia, la misma conducta puede ser leve o grave si afecta la prestación de un servicio u una función esencial de la entidad, dependiendo la posición jerárquica que ocupa el infractor en la

entidad, o si el autor es reincidente o tiene antecedentes disciplinarios.

Si la falta disciplinaria se califica como gravísima, el operador jurídico debe aplicar la única sanción a imponer que es la destitución del cargo, o terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa si es servidor público, con una inhabilidad entre diez y veinte años para ejercer cargos públicos o suscribir contratos con el Estado; salvo el caso que la falta gravísima sea realizada a título de culpa grave, evento en el cual la sanción a imponer es la de suspensión en ejercicio del cargo hasta por doce meses y la inhabilidad especial por el mismo término para ejercer cargos públicos, pues en este caso la falta disciplinaria se convierte de gravísima en grave. Si se trata de un particular sujeto del derecho disciplinario, la sanción a imponer será de diez a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la comisión de la conducta e inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este por el término de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado. Se concluye que la legalidad de la falta gravísima y de la sanción está dada por la descripción taxativa que en este caso hace el mismo legislador en el CDU.

5. El *principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción disciplinaria*, parte de la exigencia que se le hace al operador jurídico al realizar la adecuación de la falta disciplinaria gravísima y al establecer su existencia, la prueba del hecho, la individualización del

autor y la prueba de su responsabilidad, debido a que debe atribuirle una sanción disciplinaria, que para el efecto es destitución del cargo o terminación del contrato de trabajo con justa causa, o suspensión en el ejercicio del cargo si fue a título de culpa grave, pero para efectos de graduar el término de la inhabilidad, debe estar suficientemente motivado el término a imponer, debe existir una objetiva razonabilidad y proporcionalidad entre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y el término de la inhabilidad, pues no es posible que una falta gravísima culmine en grave o leve.

Con preocupación, se observa que con facilidad se cambia la técnica jurídica por parte de la Procuraduría General de la Nación, en la realización de los ejercicios de la dosimetría sancionatoria, en tanto entre un Procurador y otro varía los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, esto es, que las inhabilidades que acompañan la sanción de destitución que va entre diez y veinte años, varía casi que discrecionalmente, ya que frente a un sanción de destitución por faltas de la misma naturaleza ocurrida en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, según el juzgador disciplinario de turno parte del mínimo de diez hacia arriba, mientras que para otros parte de la máxima hacia abajo, para otros parte de la media, vale decir, de 15 años de inhabilidad, que puede bajar hacia diez o subir hacia veinte años de inhabilidad. Es importante, el papel que puede jugar el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, artículo 10o cuando obliga a las autoridades, entre ellas a la Procuraduría General de la Nación a cumplir con el deber de aplicar de manera uniforme la normas y la jurisprudencia en cuanto a que " *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones*

constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan kif mismos supuestos fácticos y jurídicos, Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas".

En mi sentir, la competencia del Consejo de Estado para expedir sentencias de unificación de la jurisprudencia de obligatorio cumplimiento y aplicación en casos similares por parte de las autoridades, se convierte en la más importante herramienta de control al manejo discrecional o al cambio repentino de doctrina en el que pueda incurrir la Procuraduría General de la Nación, como juez disciplinario y como autoridad con funciones preventivas, ya que al estar contenidas sus decisiones en actos administrativos sujetos al control de legalidad de los jueces administrativo, el afectado puede reclamar la aplicación de la jurisprudencia del máximo tribunal contencioso administrativo, de preferencia ante la doctrina de la Procuraduría General de la Nación. Es por ello, que podemos afirmar, que a partir de la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado está llamado a constituirse en fuente principal del destino del derecho disciplinario en Colombia, tanto en el aspecto sustancial, procesal, dogmático, teórico-doctrinario con primacía sobre la doctrina de la Procuraduría General de la Nación. Aquí encontramos el eslabón que nos faltaba para que exista un verdadero muro de contención y de control a los operadores disciplinarios.

6. La conducta objetivamente se comete a título de *acción u omisión*, ya de carácter instantáneo o continuado. Lo anterior; muestra que la falta gravísima en la descripción de la conducta debe establecer de manera clara, si cada una de ellas procede como acción u omisión, debe prever el verbo o verbos rectores, conjugado en el tiempo en que el legislador ha previsto que ocurra la conducta como presupuesto de la falta disciplinaria, ya que existen conductas que son de incumplimiento o infracción a deberes, y hay otras que por su naturaleza para que se puedan configurar, aunque sea en forma excepcional, exige una conducta con su correspondiente resultado.

7. Las faltas disciplinarias gravísimas, lo son a título de *dolo o de culpa gravísima*. Lo anterior significa que existen faltas disciplinarias que sólo operan a título de dolo, no admitiendo forma alguna de culpa. Es el legislador, quien expresamente señala todos los ingredientes y circunstancias de comunicación que deben existir para que se estructure un tipo disciplinario de carácter gravísimo. Es el caso de los delitos a título de dolo en que incurran los servidores públicos, que por disposición del artículo 48, numeral 1º y artículo 55, numeral 1º del CDU son faltas gravísimas, cuyas conductas deben juzgarse de la misma forma como está descrita en el tipo penal, desde luego con las categorías jurídicas propias del derecho disciplinario, tomando el tipo y una vez esté en sede disciplinaria, juzgarlo a título de dolo y nunca en la modalidad culposa porque el legislador en este caso concreto así no lo ha dispuesto, pues si fuera posible juzgar estas faltas a título de culpa, el CDU no habría condicionado los delitos a título de dolo.

En suma, es bajo la modalidad de faltas disciplinarias dolosas, la única forma como se puede juzgar las faltas disciplinarias, cuya conducta está descrita en el Código Penal como delitos en los que tiene como sujeto activo calificado los servidores públicos, siempre que dichas actuaciones sean realizadas en virtud y con ocasión del ejercicio de las funciones públicas a su cargo.

8. De otra parte, hay diferencias entre el juzgamiento de los sujetos disciplinarios públicos con los sujetos particulares, ya que los servidores públicos responden por faltas disciplinarias leves, graves y gravísimas; así como con sanciones de amonestación escrita, multas, suspensiones, destitución del cargo y cancelación unilateral del contrato de trabajo con justa causa; de acuerdo a la competencia a prevención, el control preferente o el principio del juez natural, los puede investigar la PGN, las Personerías Municipales y Distrital, las Oficinas de Control Interno Disciplinario o las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria; mientras que los particulares responden por faltas disciplinarias gravísimas, sólo los puede investigar la PGN, aplicándole sanciones de multa de diez a cien salarios mínimos mensuales, e inhabilidad para ejercer cargos públicos y suscribir contratos estatales de uno a veinte años.
9. En el Derecho Disciplinario opera *la inexistencia de la presunción de legalidad como elemento desestructurador de la falta*, cuando la conducta consiste en la expedición de un acto administrativo. Lo anterior, quiere decir que si la falta disciplinaria se cometió, porque

por vía de acción u omisión se profirió un acto administrativo, no es dable al operador jurídico atenerse a la prejudicialidad por aquello de la presunción de legalidad, ya que no requiere que el juez contencioso administrativo por vía judicial declare que el acto es contrario a la ley para que se pueda ejercer la acción disciplinaria, pues el juez disciplinario que no hace control de legalidad, ni revisa las casuales de nulidad de los actos administrativos previstos en el Código Contencioso Administrativo, reduce su función a revisar la conducta y los presupuestos de hecho previstos en el tipo disciplinario y procede a realizar la adecuación típica, de configurarse, puede avanzar en los demás elementos estructurales de la falta disciplinaria, es decir, una vez establecido el ilícito disciplinario -conducta típicamente antijurídica-, procede a realizar el juicio de valor frente a la culpabilidad del encartado, dada la actuación dolosa o culposa con culpa gravísima del sujeto activo de la falta.

Cuando es evidente que el operador jurídico vulneró de manera grosera el ordenamiento jurídico con la expedición del acto, lo que se discute es un asunto de puro derecho, en donde basta con confrontar el acto expedido con la norma y la causa en que debió fundarse, y el juez disciplinario puede realizar el juicio de reproche sin previa decisión contenciosa administrativa; pero si lo que se debate es un asunto que no depende de la aplicación de una norma imperativa de derecho, sino que depende del desarrollo jurisprudencial que del tema realicen los organismos competentes, no se ve clara la intervención disciplinaria en el caso y habrá que esperar la decisión judicial para analizarlo o que el mismo juez competente compulse las copias correspondientes a la autoridad disciplinaria una vez falle el caso, y como es el caso de la inhabilidades e

incompatibilidades no sujetas a registro, donde al ser causales de reserva judicial, el juez disciplinario con el fin de evitar decisiones contradictorias, debe esperar la decisión del juez contencioso administrativo. En el evento en que se declare nulo el acto que declaró la elección, la providencia ejecutoriada constituye plena prueba para que la autoridad disciplinaria pueda aplicar la sanción de destitución nominal del cargo y la imposición de la respectiva inhabilidad.

3. Normas específicas que tipifican faltas gravísimas en materia contractual en el Estatuto Disciplinario.

La norma rectora, por decirlo así en esta materia es el artículo 48, ya citado, que hace referencia específica en sus numerales 30, 31, 32, 33 y 34 que son faltas gravísimas:

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.
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.

32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.
33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.
34. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, fue modificado por el Parágrafo 1°. Del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, así: 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. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando se presente el incumplimiento.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-818 de 2005, respecto de –consideró que la potestad sancionadora del Estado, sus proyecciones y su ámbito de aplicación en el Derecho Disciplinario, se refiere concretamente a las normas relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas previstas para quienes incurren en violaciones de las disposiciones que en materia contractual prevé la ley, específicamente el artículo 48 numeral 31, indicando que son faltas gravísimas en el ámbito disciplinario, el participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

En ese sentido, reitera la necesidad de observar estrictamente las garantías constitucionales de los principios de legalidad y tipicidad, entendidos como la obligación que tiene el legislador de *“definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables disciplinariamente y las sanciones en las que se incurrirá por quien cometa alguna de dichas conductas prohibidas, pues sólo de esa manera se cumple una función verdaderamente garantista y democrática, dirigida a proteger la libertad de las personas y asegurar la igualdad ante el poder punitivo estatal”*.

La norma se declaró inexecutable atendiendo que no se concretó de *“taxativa y específica el tipo de conductas que dan lugar a la configuración del comportamiento prohibido”* y que al señalar como falta gravísima el desconocimiento de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, resulta insuficiente, en tanto, *“los principios en cuanto normas jurídicas, por sí solos, sin más, no pueden servir de instrumento para la descripción de los comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias dada su vocación normativa de carácter general, por la cual resultan manifestamente contrarios a la concreción y especificidad que se requiere para la tipificación de las conductas prohibidas en el campo disciplinario”*.

Por lo tanto mandatos de textura abierta, como los principios, por sí solos, pueden dar margen para el funcionario que ejerce la potestad disciplinaria, ejerza su libre apreciación subjetiva, acerca de la realización de cierta conducta prohibida, lo cual a todas luces es arbitrario e ilegal, *“facultando automáticamente al funcionario investigador para imponer la pena prevista en las normas disciplinarias, sin importar cuál sea la actuación realizada, y si la misma deba ser objeto o no de reproche a título de falta gravísima”*.

La Corte, ilustra las precedentes consideraciones acudiendo a ejemplificar, con uno de los principios que rigen la contratación estatal, este es el de concurrencia, *“el cual se manifiesta en el derecho que les asiste a todas las personas de participar en un plano de igualdad en las licitaciones o concursos públicos, a fin de realizar una oferta de negocio jurídico a la Administración, para que, luego de agotado un proceso de selección, ésta adjudique el contrato a aquella propuesta que resulte más favorable para el interés público”*, y a renglón seguido, señala que *“En desarrollo de lo expuesto y dependiendo del funcionario investigador, podría llegar a considerarse que resulta contrario al principio de la libertad de concurrencia y, por ende, ser constitutivo de falta gravísima, prácticas comunes como el cobro de derechos económicos para que los interesados puedan retirar los pliegos de condiciones que permitan la participación en una licitación pública, pues dicho comportamiento visto a partir de la ratio juris del principio previamente explicado, impide la concurrencia efectiva de eventuales proponentes; cuando en realidad, dicho requisito es usado en algunas ocasiones, como herramienta para limitar el proceso licitatorio a aquellos proponentes que efectivamente tengan capacidad económica para licitar, como sucede generalmente en los contratos de concesión”*.

Esto es que el ordenamiento jurídico, debe dar certeza jurídica, en el sentido de fijar unas reglas claras, mediante las cuales se prevén conductas que puedan vulnerar las normas que lo integran y que a dicha vulneración se sucede en materia disciplinaria una sanción que debe a su vez ser proporcionada a la falta cometida, proscribiendo toda forma de interpretación subjetiva que quede a la mera liberalidad de quien le corresponde por competencia poner en actividad el Derecho Disciplinario.

La Corte, también ilustra, el asunto, a partir de la aplicación del principio de la buena fe, en materia contractual, señalando que se entiende por éste, *“aquel que exige un comportamiento acorde*

con el valor ético de la confianza mutua en el ejercicio de derechos y cumplimiento de las obligaciones que se derivan para las partes de un negocio jurídico” y que “en cumplimiento del citado principio, el representante legal de una entidad estatal, podría llegar a modificar -en términos de ley- el contenido inicial de un contrato para satisfacer el equilibrio de la relación contractual que subyace en los negocios estatales. Dicho comportamiento podría ser interpretado como un desconocimiento de los principios de transparencia y economía contractual, dando lugar a la configuración de una falta gravísima, cuando en realidad su finalidad se limita a hacer efectivo el principio de buena fe, en cuanto al reconocimiento del valor de la contraprestación que en derecho le asiste al contratista”.

Cabe señalar, que la Corte, precisa que *“los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria”*, esto para que no se entienda que los asociados pueden prescindir de los principios de orden constitucional y legal, en este caso en materia contractual, por que sí, omitiendo el deber de acatarlos, en la medida en que ellos también rigen el cumplimiento de las normas e irradian todo el ordenamiento jurídico. Esto significa, que no se pueden desplegar conductas contrarias a los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, toda vez que tal proceder puede acarrear consecuencias de orden disciplinario, pero ha de precisarse que *“no cualquier regla de la contratación estatal o de la función administrativa sirve para la complementación de dichos principios, pues se llegaría al absurdo de que toda disposición o pauta prevista en el ordenamiento jurídico podría constituir una falta gravísima”*.

Así las cosas, concluyó la Corte, en la mencionada Sentencia C-818:

Para convalidar el señalamiento de un principio que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

- (i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.
- (ii) Cuando se formule la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta imputable como la norma que la describe, según lo ordena el artículo 163 del Código Disciplinario Único. Así las cosas, no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa que le sirve de complemento.

- (iii) Teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, como lo ha reconocido esta Corporación en Sentencias C-1076 de 200, C-125 de 200 y C-796 de 200, se somete al principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1º, 2º y 13), es obligación del funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor pública o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5º de la citada ley, según el cual: “el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”.

En atención a las anteriores consideraciones, la Corte, procedió a declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 “*o desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”, en el entendido “*que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios*”.

4. Responsabilidad disciplinaria en el Estatuto Contractual: Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, y 1474 de 2011.

El artículo 277 de la Constitución Política, señala las funciones que le corresponden al Ministerio Público, entre ellas, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su

efectividad, defender los intereses de la sociedad; defender los intereses colectivos, en especial el ambiente; velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en su numeral. Literal d) establece que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

Pero, también el artículo 51 de la Ley 80, advierte que el servidor público responderá **disciplinaria**, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

Desde esa perspectiva, *“El derecho disciplinario constituye un régimen de protección no del contrato estatal en sí, sino de las herramientas previstas por el legislador para lograr sus fines, y por tanto el derecho disciplinario, de una parte, es derecho público por procurar el correcto funcionamiento de la gestión pública, pero también, es derecho genérica y específicamente sancionatorio en tanto, impone de manera ejemplarizante y correctiva sanciones e inhabilidades a quienes han infringido el deber funcional de actuar o de abstenerse de hacerlo conforme se lo*

indica el ordenamiento jurídico, que en este caso es el contenido normativo del derecho público de los contratos estatales”.

Otra precisión deviene, de establecer, que *“El derecho disciplinario encuentra su fundamento entonces, en la necesidad pública de contar con un instrumento de control social, para quienes ejercen funciones públicas, ya sean servidores públicos o particulares, sin caer en las exigencias y requerimientos de otro medio de control social como es el derecho penal, aunque los dos pueden ocuparse de proteger el mismo bien o interés jurídico del Estado respectivamente, pero no necesariamente deben coincidir”.*

En esa dirección, el fundamento constitucional de la potestad disciplinaria la encontramos en el artículo 6º superior, que dispone que tanto los servidores públicos como lo particulares son responsables, el primero de ellos, por infracción a la Constitución y la ley en sentido material, es decir, la infracción al ordenamiento jurídico, ya sea por acción u omisión y extralimitación de sus funciones; mientras que los segundos, responden por infringir el ordenamiento jurídico, siempre que sus actuaciones no estén expresamente prohibidas.

Por tal razón, como ya se ha indicado, en virtud del principio de legalidad los servidores públicos sólo pueden hacer todo lo que expresamente se les autoriza, ya que si ejercen funciones no previstas en la ley, podrían estar usurpando funciones que la norma le atribuye a otro servidor público; mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, ya que tales actuaciones son desarrollo de sus derechos fundamentales cuya garantía permite que cada persona ejerza sus derechos sin más límites que los que les imponen los derechos de los demás.

En consecuencia, el artículo 1° del CDU le atribuye la titularidad de la potestad disciplinaria al Estado, entendida como la facultad que le asigna el constituyente y el legislador a las instituciones y a los servidores públicos con el objeto de asegurar la correcta y adecuada marcha de la gestión pública, asegurando la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado. Esa potestad disciplinaria se materializa en la regulación que hace el legislador para elevar las conductas de los destinatarios del CDU a la categoría de faltas disciplinarias, para que previo ejercicio de la acción disciplinaria se desvirtúe o no la presunción de inocencia de que gozan los justiciables. Así, la titularidad de la potestad disciplinaria es el poder de regulación, mientras que la titularidad de la acción disciplinaria es la competencia que se le atribuye a las instituciones y a los servidores públicos para la utilización de los instrumentos que se traducen en el proceso disciplinario.

Y para entender esa relación entre la actividad contractual y el Derecho Disciplinario de nuevo, se deja de presente que existen contratos estatales sometidos al derecho público, y otros al derecho privado con aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa, previstos en el artículo 209 constitucional, a partir de lo cual encontramos como criterio de diferenciación los límites que le impone el derecho público al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos estatales, como son: La realización o materialización de los principios constitucionales de la función administrativa prevista en el artículo 209 constitucional y los principios de contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993, ; mientras que el principio de la autonomía de la voluntad siendo el contrato de derecho privado entre particulares, opera sin más prohibiciones que las expresamente previstas en la ley, es decir mientras que los límites en el contrato estatal son máximos, en el contrato de derecho privado

son mínimos.

En suma, la ubicación del derecho disciplinario y de la contratación estatal como disciplinas del derecho público, hacen que el primero sirva como instrumento de protección estatal; el segundo, como instrumento para materializar los fines del Estado de tal manera, que cuando un sujeto de derecho disciplinario incurra en “*contratación indebida*” infringiendo el interés jurídico estatal, se puedan imponer las sanciones con la certeza de que tanto el derecho disciplinario como el derecho público de los contratos estatales está rodeado no sólo de las garantías procesales y sustanciales de naturaleza constitucional y legal, sino también del condicionante científico que exige la dogmática jurídica para la aplicación de una doctrina coherente, estable, lineal; que evoluciona fundada en la carga argumentativa que justifique y motive el giro doctrinario o jurisprudencial.

La Ley 734 de 2002, entonces, prevé las autoridades competentes, los mecanismos procesales para la investigación, trámite y sanciones por acciones u omisiones en que hayan incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y que en el caso que nos ocupa que tales conductas en contra de la Constitución y la Ley, recaigan sobre la actividad contractual.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

Las faltas disciplinarias perse, son descripciones que hace el legislador de los comportamientos humanos y de las actuaciones conductuales de quienes en el caso que nos ocupa, actúan en cualquiera de las etapas de una relación contractual, esto, durante la etapa de preparación del contrato o fase precontractual, durante la ejecución del mismo, y durante la fase postcontractual, ya en su condición de persona natural que ejerce un cargo público, o como particular sujeto del derecho disciplinario, y en desarrollo de ello tiene la competencia, función, deber, obligación y responsabilidad de tramitar, adelantar, impulsar, celebrar, actuar, calificar, revisar, evaluar, aprobar, pagar, liquidar, suscribir, solicitar, vigilar, dirigir, inspeccionar, supervisar, reclamar el cumplimiento de una prestación en relación a la actividad contractual del Estado.

Esas descripciones conductuales, cuando el legislador la realiza en una norma jurídica, la denominamos tipos disciplinarios, que pueden ser abiertos, cuando se requiere de otra norma extra disciplinaria para poder estructurar el tipo disciplinario, y que cuando la descripción es autónoma o integral, basta con adecuar la conducta realizada a la descrita en la norma jurídica para que se pueda configurar.

Así mismo, se observa, que esas faltas disciplinarias contractuales ya abiertas o cerradas, a título de dolo o de culpa, bajo la modalidad de acción u omisión, serán gravísimas, graves o leves, según lo que disponga el mismo legislador. De allí, que serán faltas disciplinarias gravísimas, si la conducta que realiza el agente contractual disciplinario está catalogada como tal en el artículo

48 del Código Disciplinario, y serán faltas leves o graves, si la conducta descrita en los artículos 34 y 35 del Código Disciplinario, está acompañada además de unos ingredientes de levedad o agravación de la misma establecida en el artículo 27 del mismo Estatuto Disciplinario.

En relación a los contratos estatales, en principio se tenía que todas las faltas disciplinarias en que incurría un sujeto del derecho disciplinario eran gravísimas, pero luego del desarrollo jurisprudencial que le ha venido dando la Corte Constitucional a través de sentencias de tutelas y de control de constitucionalidad de diferentes normas del CDU, así como también los desarrollos y aportes que le ha venido dando la jurisdicción contenciosa administrativa en especial, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, a través de las demandas que ha debido resolver en sede judicial de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos disciplinarios, se tiene que existen faltas disciplinarias gravísimas contractuales si se encuentran expresamente descritas en el artículo 48 del CDU, pero también existen faltas disciplinarias contractuales leves y graves, si son de aquellas que se encuentran descritas en los artículos 34 y 35 del CDU.

Como el derecho disciplinario en Colombia, a penas está en construcción, y hasta ahora ya la doctrina y la jurisprudencia lo reconoce como disciplina autónoma del derecho, aún falta mucho por desarrollar desde la perspectiva de la teoría del derecho disciplinario, de su dogmática, y de la construcción de una doctrina lineal en Colombia que garantice a los justiciables o destinatarios del derecho disciplinario la seguridad jurídica en el juzgamiento de las faltas disciplinarias, de su calificación, de las sanciones y su dosimetría, porque hasta ahora lo que se ha demostrado es que en frente del mismo Código Disciplinario Único, de las mismas

competencias administrativas de la Procuraduría General de la Nación, estando al frente de la misma jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, la doctrina, interpretación, operación y aplicación del derecho disciplinario varía cada vez que cambia un Procurador General de la Nación, y por el principio de control jerárquico los funcionarios públicos que son los mismos, operan las nuevas tesis como si ello no requiriera de un proceso de decantación, maduración. Ello es peligroso para la seguridad jurídica del derecho disciplinario y para la demanda de operación de justicia disciplinaria, situación que está llamada a corregir tanto el juez administrativo disciplinario como el juez constitucional. Prueba de ello, es que el Magistrado del Consejo de Estado, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en su condición de miembro de la Sección Segunda de esa Corporación cuando conocía de tutelas contra actos disciplinarios o nulidades de actos administrativos disciplinarios, tenía una visión administrativista del derecho disciplinario, y fue cambiar de Magistrado a Procurador y cambio de visión del Derecho Disciplinario, lo que debilita, y retrocede el camino ya construido en materia disciplinaria. Ello concretiza en un ejemplo muy particular, las dos visiones del derecho disciplinario del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, una el Ordóñez Consejero de Estado y la otra Ordóñez Procurador, y ojalá cuando ya no sea lo uno ni lo otro, mantenga cualquiera de una de las anteriores visiones y no funde una tercer línea doctrinaria.

TÍTULO SEGUNDO

**LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA COMO
CONSECUENCIA DE FALTAS DISCIPLINARIAS DERIVADAS DE
LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO**

El juicio de responsabilidad requiere del estudio de los elementos de la falta disciplinaria tales como tipicidad, antijuridicidad material y culpabilidad, pero también de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la comisión de la conducta; las causales de agravación o atenuación de las mismas, con el fin de llegar al grado de certeza que permita concluir que no existe responsabilidad disciplinaria porque concurrió una causal de exclusión de esta, o porque la conducta existió pero en ella no se encuentra inmersa la ilicitud sustancial exigida para atribuir responsabilidad disciplinaria a un sujeto investigado, o porque no se incurrió en la vulneración al deber funcional que tenía el sujeto disciplinario de actuar o de abstenerse de hacerlo; o lo contrario, concluir que la conducta es típicamente antijurídica, con la definición del grado de culpabilidad que conduce al funcionario a imponer la sanción correspondiente.

Ese derecho disciplinario que está integrado por el derecho legislado –el ordenamiento jurídico- y por la dogmática jurídica construida por la doctrina disciplinaria y la jurisprudencia; encuentra diferencias con otros regímenes de responsabilidad, tales como la penal, la fiscal y la contenciosa administrativa, cuyos criterios y elementos de distinción, son los que justifican que frente a una misma conducta de carácter contractual, los organismos competentes produzcan decisiones sancionatorias absolutorias, indemnizatorias, resarcitorias, con dimensiones y alcances distintos

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO DISCIPLINARIO Y GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

Las conductas contractuales que constituyen faltas disciplinarias, tienen un punto de encuentro con los demás regímenes de responsabilidad: La conducta o comportamiento contractual, en tanto son las mismas que generan la configuración de los delitos de celebración indebida de contratos, detrimentos patrimoniales con consecuencias frente al ejercicio del control fiscal, causales de nulidad de actos de nombramiento y de elección para los candidatos que aspiren a corporaciones públicas, causales de pérdida de investidura para congresistas, concejales y diputados, causales de nulidad de los contratos, así como los fundamentos de hecho y derecho de las pretensiones en la acción de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y de las acciones contractuales.

1. La especial protección disciplinaria, penal, fiscal y contenciosa administrativa del contrato estatal.

El contrato estatal, es la institución del derecho público a partir del cual se pueden disciplinar todas las actuaciones de los agentes del Estado, que ocurran en la etapa de preparación, ejecución y liquidación previstos como faltas; ya que ellos realizan todo tipo de conductas tales como actos administrativos (actos generales, particulares, complejos, simples, definitivos y de trámite); omisiones; hechos; vías de hecho; operaciones administrativas y ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, que ocurren con ocasión de la actividad contractual, y que cuando quiera que contraríen el interés jurídico estatal en el

contrato administrativo, debe ser sometido al juzgamiento del funcionario disciplinario competente.

En síntesis, el contrato estatal es la institución jurídica común del tráfico jurídico de los particulares y el Estado, a través del cual se ejecutan los planes de desarrollo económico y social, convirtiéndose en un instrumento de gestión fiscal del Estado en sus distintos niveles de la administración pública, incluyendo los contratos para el funcionamiento de las entidades estatales, como para ejecutar los recursos de la inversión pública ya sea para el cumplimiento de la función jurisdiccional, administrativas, legislativas, constituyentes, administrativas, electorales y de control.

Esto muestra que las distintas actuaciones que realizan los sujetos de la relación contractual en la etapa pre-contractual, de ejecución contractual y pos-contractual; están sometidas al derecho público de los contratos estatales que son esencialmente reglados, en tanto los sujetos contractuales sólo pueden realizar lo que la ley y las estipulaciones contractuales les permiten. Se trata entonces de definir los límites del juzgador disciplinario cuando su función recae sobre una conducta típicamente antijurídica y culpable, como presupuestos para estructurar la responsabilidad disciplinaria.

El régimen o sistema jurídico de los contratos estatales, no es un conjunto de normas aisladas que se estudia con criterios puramente formales, sino que por el contrario, el ejercicio que realiza el operador jurídico en su aplicación le permite establecer los alcances disciplinarios de comportamientos contractuales que de conformidad con el régimen del derecho disciplinario

pueda conducir al juez competente, a partir de la conducta y del tipo disciplinario, a establecer la responsabilidad del autor de la falta, imponiéndole las sanciones a que haya lugar.

Así las cosas, los sujetos del contrato que igualmente son sujetos del derecho disciplinario, deben tener en cuenta que sus comportamientos contractuales deben estar sometidos al principio de legalidad, lo que nos conduce a establecer que el interés jurídico protegido por el Estado en el derecho disciplinario, es el de garantizar y proteger el deber funcional de los servidores públicos previstos en el ordenamiento jurídico evitando que se incurra en ilícitos disciplinarios, es decir, la sanción disciplinaria entonces tiene un fin correctivo, garantizador, pero también ejemplarizante.

De otra parte, encontramos que si bien el Estado protege con el derecho disciplinario el deber funcional de los sujetos contractuales -el deber ser-; no es menos cierto que el Derecho Penal también tiene intereses jurídicos que proteger en los contratos estatales. Los bienes jurídicos que protege el derecho penal con relación a los contratos estatales son tres a saber:

- (i) En el *“delito de celebración de contratos con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales”*, protege el principio de transparencia e imparcialidad, cuyo fin es el de evitar que el contratista particular acceda al contrato por razones políticas, sociales, de amistad, de parentesco, sexo, raza, religión etc. Lo que se persigue es que previa garantía del principio de concurrencia, el contratista acceda al contrato estatal en igualdad de condiciones en relación con las demás personas naturales o jurídicas conforme al principio de selección objetiva, que no es cosa distinta que seleccionar la

propuesta mas ventajosa y favorable para la Entidad Pública contratante en una situación de libre competencia.

- (ii) *“El delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”*, tiene como bien jurídico tutelado la protección a un plus del principio de legalidad, es decir, quiere garantizar el cumplimiento de requisitos indispensables para que el contrato estatal se suscriba con sujeción al derecho, cumpliendo con el requisito de la capacidad, competencia, objeto y causa lícita, autorización legal, prescripciones fiscales, etc. En otras palabras, se estima que cuando el contrato se suscribe con el cumplimiento de los requisitos esenciales se protege el patrimonio público y el principio de legalidad.
- (iii) *“El interés indebido en la celebración de contratos”*, igualmente es un delito que pretende proteger la imparcialidad y la transparencia, ya no por la vía de la existencia de causales de inhabilidades, incompatibilidades, sino por otras causas funcionales en las que puede incurrir el servidor público que puede conducir a que el agente público adjudique el contrato y tome decisiones en alguna etapa del contrato con un interés distinto al Estado, es decir, favoreciendo otros intereses particulares en detrimento del bien o interés jurídico que el Estado debe garantizar, incluyendo el conflicto de intereses del agente estatal, que en determinado momento puede actuar confundiendo el fin previsto en la norma que aplica conforme al interés jurídico estatal, con el beneficio propio o ilícito de un tercero que se deriva de esa actuación.

La protección fiscal de los contratos estatales, apunta a garantizar la ejecución del objeto del contrato estatal, ya que la Administración pública provista de una necesidad objetiva, requiere de satisfacer necesidades tales como la construcción de obras, suministro de bienes y servicios públicos etc.

Existen unos elementos que permiten que la gestión contractual del Estado se someta al ordenamiento jurídico, y es lo que conocemos como el principio de legalidad. De este se ocupa el derecho disciplinario y el derecho penal, en tanto su objeto material son las conductas de los servidores públicos y particulares sujetos a estos regímenes; pero el derecho de la responsabilidad fiscal se encarga de garantizar la adecuada ejecución del presupuesto público y administración del patrimonio estatal, de tal manera que el objeto de esos contratos de manera objetiva esté para garantizar la satisfacción de las necesidades públicas, contenidas en el plan de desarrollo y el presupuesto para la vigencia fiscal de cada anualidad; pues las apropiaciones y los compromisos asumidos con cargo a los recursos públicos deben tener como fin la satisfacción de las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta la relación costo-beneficio, evitando sobre costos o sobre facturaciones en los contratos, y por el contrario garantizar que el objeto contratado sea suministrado con la mejor calidad.

Ahora bien, la diferencia existente entre la protección penal y disciplinaria de los contratos estatales, no parte de la estructura del delito como tampoco de la falta disciplinaria, ya que si analizamos la tipicidad, formalmente no existe diferencia entre uno y otro derecho. Tampoco existe diferencia en las formas de culpabilidad y en las formas de la actuación, y si bien en principio la doctrina abrió el espacio para señalar que en derecho disciplinario la

antijuridicidad es formal –mera conducta, o un derecho de infracción de deberes-, la Corte Constitucional eliminó esta diferencia entre derecho penal y derecho disciplinario, en tanto señaló que en este último la antijuridicidad como elemento de la falta debe ser “*material*”. Esto nos indica “*que no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir, el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta*”.

Por lo anterior, podemos afirmar que en el derecho penal opera la vulneración a bienes jurídicos tutelados de carácter personales, institucionales y colectivos; mientras que el derecho disciplinario se protege el interés jurídico de salvaguardar el deber funcional de los servidores públicos y de los particulares sujetos del derecho disciplinario, que de infringirse esos deberes, estaríamos en el escenario de incumplimiento de deberes, comisión de prohibiciones, extralimitación o abuso en el ejercicio de un derecho o vulneración de un derecho ajeno, es decir, la responsabilidad disciplinaria se estructura a partir de la ilicitud sustancial, que no es otra cosa que la vulneración al deber funcional sin justificación alguna que tienen los servidores públicos, lo que nos conduce a concluir que en las faltas disciplinarias existe “*ilícito disciplinario*”, cuando la conducta es típica, materialmente antijurídica y culpable a título de dolo o culpa.

La diferencia principal es que mientras en el derecho penal en virtud del principio de relaciones generales de sujeción, los bienes jurídicos tutelados que se protegen en los delitos y con el ejercicio de la acción penal, son bienes personales, colectivos e institucionales; en el

derecho disciplinario, en virtud de las relaciones especiales de sujeción todos los intereses jurídicos que se protegen en la falta disciplinaria y con el ejercicio de la acción disciplinaria son de naturaleza institucional o estatal.

La responsabilidad fiscal se diferencia de la disciplinaria, en cuanto la primera tiene un fin resarcitorio, vale decir, busca el restablecimiento patrimonial que ha sufrido el Estado como consecuencia de la actuación irregular o una gestión antieconómica de los sujetos de control fiscal, identificados como hallazgos fiscales en desarrollo de un proceso auditor, que se realiza a través de los sistemas de control fiscal, tales como los controles de legalidad, financiero, de gestión, de revisión de cuentas, de valoración de los costos ambientales y control de resultados.

Por último, el control contencioso administrativo de los contratos estatales o el control judicial por parte del juez ordinario en el evento en que por disposiciones de leyes especiales este último es el competente, tiene como principal objetivo la garantía de la materialidad y realización del principio de legalidad contractual, es decir, el derecho que tienen las partes a que se cumplan las obligaciones contraídas en el contrato, y que se pueda reclamar del juez la existencia del contrato, la inexistencia del mismo, la nulidad del contrato, las restituciones, compensaciones, indemnizaciones como consecuencias de daño contractual, que se ordene su liquidación etc. El control judicial del contrato no tiene un fin sancionatorio como el derecho disciplinario y el penal, como tampoco un fin resarcitorio como ocurre en la responsabilidad fiscal a favor del patrimonio público estatal, sino que lo que busca es el restablecimiento de la legalidad contractual.

1.1 Características del Derecho Disciplinario.

Sin perjuicio de las ya mencionadas anteriormente, se destacan las siguientes, características en el Derecho Disciplinario:

- a) *Es público*, en tanto el Estado ejerce el poder concretado en el *ius puniendi*, porque protege un interés jurídico que es general, que no es otra cosa, que la pretensión de que todos los servidores públicos y los particulares con responsabilidades públicas se sometan al principio de legalidad logrando con ello la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado.

Este principio de legalidad es propio de los Estados democráticos, participativos, sociales y constitucionales de derecho, sus fundamentos normativos los encontramos en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15.1 del Pacto de New York; artículo 9 de la Convención Pacto de San José de Costa Rica; los artículos 6, 29 numeral 2 de la Constitución Política.

- b) *El Derecho Disciplinario es Judicial y Administrativo*, en la medida en que de conformidad con el CDU, el juez competente puede ser las Oficinas de Control Interno Disciplinario (OCID), las Personerías municipales (PM), la PGN que tiene competencia preferente frente a las anteriores; y los SDCSJ y CSJSD.

- *Es administrativo*, porque los tres primeros -OCID, PM y PGN- para ejecutar la acción

disciplinaria están investidos de la titularidad de la función administrativa, es decir, las providencias disciplinarias son actos administrativos sujetos al control del juez contencioso administrativo.

- *Es Judicial* en tanto que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 2 de la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario del Abogado, corresponde al Estado, a través de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conocer de los procesos que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley se adelanten contra los abogados en ejercicio de su profesión y que la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

- c) *La otra característica es el fin teleológico* que persigue, pues el interés jurídico protegido lo constituye el deber funcional contenido en cada una de las faltas disciplinarias.
- d) *El carácter liberal y garantista del Derecho Disciplinario*, consiste en que debe garantizar la dignidad humana y los derechos fundamentales; por ello todo proceso disciplinario parte del respeto al debido proceso, del principio del juez natural, de la motivación de las decisiones, del derecho a la defensa que puede ser escogida por el investigado ya sea técnica, material o concurrente, el derecho a contradecir pruebas y a ser escuchado antes de ser sancionado conforme a las oportunidades procesales previstas en el CDU.

Así mismo, es liberal porque la estructuración de la responsabilidad exige la demostrada

culpabilidad del procesado para poderlo sancionar, así como también la garantía de la legalidad del tipo por estar prevista expresamente en el ordenamiento jurídico; la exigencia de la proporcionalidad de la sanción que se obtiene de la dosimetría sancionatoria que debe estar determinada por el grado de correspondencia existente entre la conducta, el grado de culpabilidad, la modalidad de la acción, las circunstancias agravantes y atenuantes, teniendo en cuenta la proscripción de la analogía, la irretroactividad de la ley disciplinaria y el principio de favorabilidad.

- e) *El Derecho Disciplinario es fragmentario*, en tanto las conductas que se adecuan a los tipos disciplinarios no tienen el mismo alcance, ya que pueden ser gravísimas conforme a la descripción taxativa del CDU, graves o leves de conformidad con los artículos 34 y 35. Ibídem según concurran agravantes o atenuantes.
- f) *El Derecho Disciplinario es normativo*, en razón al principio de legalidad por tipicidad, donde encontramos un proceso de adecuación entre la conducta de los sujetos del derecho disciplinario y la descripción de la conducta contenida en el tipo.

1.2 El Derecho Disciplinario legislado y el Derecho Disciplinario dogmático o Derecho Disciplinario jurisprudencial-doctrinario.

Como quiera que el Derecho Disciplinario es una rama del Derecho Público sancionatorio de carácter autónomo, desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho y de la dogmática jurídica disciplinaria está integrado por las siguientes instituciones jurídicas básicas:

- (i) Una de ellas es el *derecho legislado* -derecho positivo-, es decir por la Ley 734 de 2002, que a su vez contiene dos partes: a) El derecho sustancial integrado por los principios orientadores del CDU, la estructura de la responsabilidad disciplinaria, las formas de participación, la falta disciplinaria, su clasificación y estructura, las sanciones; y b) la que está constituida por el derecho procesal disciplinario que a su vez desarrolla y regula el proceso disciplinario ordinario y el proceso disciplinario verbal. Esto es lo que la teoría general del derecho, conoce como teoría de la norma jurídica, teoría de los cuerpos jurídicos y teoría de los sistemas jurídicos.

- (ii) La otra institución básica del Derecho Disciplinario, es la *dogmática jurídica*, que le asigna un carácter científico especializado a esta rama autónoma del derecho, que es aquella técnica que se ocupa de hacer construcciones teóricas alimentadas por la doctrina y la jurisprudencia que le permiten estructurar a partir de estas una nueva disciplina jurídica con características diferenciadas y con esencialidades propias, que le faciliten al operador jurídico la solución de problemas concretos fáciles y difíciles que se presenten con ocasión de la ocurrencia de una conducta descrita como falta disciplinaria abierta o cerrada, de la cual debe estructurarse su ilicitud y la responsabilidad que se le atribuya a su autor.

1.3 Principios de solución de antinomias jurídicas para la eficacia del principio de aplicación de las normas disciplinarias y de integración normativa.

La estructuración de la falta disciplinaria de tipo abierto, conduce a los principios de solución de antinomias jurídicas, ya que el CDU acude a diferentes normas de inferior, igual o superior categoría, según la especialidad de la materia pública de que se trate; estos principios de conformidad con la Ley 157 de 1887 son: (i) *El principio de jerarquía*, (ii) *el principio de especialidad*, (iii) *el principio de temporalidad*, (iv) *el principio de sujeción inmediata a la ley como unidad normativa*, (v) *el principio de reserva legal*, y (vi) *el principio de competencia*.

- (i) El *principio de jerarquía*, exige que cuando existen dos o más normas que regulan una misma institución de distinta manera pero que son de diferente categoría, aplicamos aquella de mayor jerarquía, lo que significa que una ley estatutaria prima sobre una ley ordinaria y esto es clave para la estructuración de la falta disciplinaria cuando el tipo es abierto, una ley estatutaria prima sobre una ley orgánica y esta sobre una ley ordinaria.
- (ii) El *principio de especialidad*, que implica que cuando existen dos o más normas de igual jerarquía que regulan una misma institución de distinta manera, pero una de ellas es un conjunto normativo de carácter general y el otro es una regulación especial, ésta se aplica de preferencia a la norma general, ya que esta última sólo se aplica cuando no hay norma especial aplicable al caso concreto. Por ejemplo, la contradicción existente entre la ley 80 de 1993 que consagra las causales de nulidad absoluta de los contratos y la ley del presupuesto de ingresos y gastos de la Nación que introduce la misma causal

de nulidad pero calificándola de relativa, debe resolverse aplicando la causal de nulidad absoluta contenida en el Estatuto de Contratación Estatal que es una ley especial de contratos administrativos frente a la ley de presupuesto.

(iii) El *principio de temporalidad*, implica el deber de sujeción de la norma posterior sobre la anterior. Se presenta cuando existan dos normas de la misma categoría, que regulen la misma materia ya sea de manera general o de normas que regulen una materia de manera especial, en este caso debe aplicarse la última en el tiempo, ya sea porque la anterior se haya derogado de manera expresa o tácita.

(iv) El *principio de sujeción inmediata al ordenamiento jurídico* como unidad normativa: Lo anterior, implica el deber de una autoridad pública de aplicar una norma jurídica local o nacional teniendo en cuenta la integralidad del derecho, vale decir, no deben aplicarse las normas de manera aislada, sino sistemáticamente con todas aquellas concordantes con un criterio integrador que mira el derecho como un sistema jurídico normativo. Se observa que el Derecho Disciplinario, que es derecho legislado, debe estar sometido al principio de reserva legal, en tanto y en cuanto el artículo 6º constitucional establece como postulado la cláusula general de competencia, que dispone que las autoridades sólo pueden hacer aquello que el ordenamiento jurídico les autorice. Se trata entonces, de garantizar que en Colombia la producción de las normas jurídicas como ocurre en otras latitudes de tradición romano germánica, deben ser producidas por las autoridades que les corresponden según la Constitución como el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, Distritales y demás autoridades

titulares de función administrativa.

Esto se materializa en la facultad del Congreso para expedir directamente el CDU de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas o administrativas; la competencia del mismo órgano para expedir el régimen disciplinario aplicable a los miembros de la Fuerza Pública; y por último, la facultad de los titulares de la función administrativa de las ramas del poder público y de otros órganos estatales para expedir reglamentos administrativos, que conforme a los tipos disciplinarios en blanco descritos en el CDU estructuran las faltas disciplinarias especiales aplicables a los servidores públicos y particulares sujetos a este, a partir de ellos deducir la responsabilidad disciplinaria que conforme al debido proceso sea posible atribuirse.

- (v) El *principio de reserva legal* implica que no todas las autoridades pueden expedir normas disciplinarias, llevándonos a concluir conforme al artículo 150, numerales 2º y 10º, inciso 3º constitucional que sólo el Congreso de la República puede expedir normas procesales disciplinarias, en cuanto a las normas sustanciales contentivas de faltas leves, graves o gravísimas sólo el legislador puede elevar conductas de los sujetos del derecho disciplinario a la categoría de faltas, salvo las normas concordantes que pueden ser expedidas por vía de actos administrativos o reglamentos, siempre que la Constitución y la Ley los autorice expresamente para ello.

Pero dada la complejidad de la forma como funciona el Estado y de las distintas actuaciones en que incurrir sus agentes, existen unas faltas de estructura cerrada que las

tipifica el legislador directamente de tal manera que basta la conducta y ver su descripción en el tipo para saber si estamos en presencia de un tipo cerrado. El legislador faculta a las autoridades administrativas para que expidan reglamentos que sometidos al capítulo 2º y a los artículos 209, 210 y 211 constitucionales, al estar revestidos de la presunción de legalidad, es de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios. Ocurre, que cuando estos reglamentos son incumplidos por los sujetos del derecho disciplinario, por voluntad del legislador descrita en las normas del CDU, se estructuran las faltas disciplinarias, que la doctrina y la jurisprudencia conoce como tipos disciplinarios abiertos o en blanco.

- (vi) El *principio de competencia*, explica la disposición constitucional prevista en los artículos 123; artículo 124, numeral 2º; e inciso 3º del numeral 10 del artículo 150 constitucional, según la cual se le atribuye al Congreso de la República la facultad de expedir los Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones, y en este caso, la norma superior faculta al legislador para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, así como la de los particulares, al mismo tiempo que le prohíbe al legislador conceder o delegar facultades extraordinarias *pro-tém-pore* al Presidente de la República para expedir a través de decretos- leyes los Códigos a que venimos de hacer referencia.

1.4 Principio de competencia funcional, de competencia territorial de la Ley Disciplinaria.

De allí, que el ámbito de aplicación de la Ley disciplinaria corresponde a esa institución básica que la determina el derecho legislado, es decir, es la norma la que determina cuál es el contexto y alcance del Código, en donde se define cuáles son sus límites temporales y espaciales. El ámbito temporal que identificamos como el momento cronológico en que ocurrieron los hechos tienen el siguiente alcance: La vigencia de la ley en cuanto la aplicación que debe darle el operador jurídico en el tiempo, el principio de favorabilidad y excepcionalmente la aplicación de la ultractividad de la ley disciplinaria, la destipificación de la conducta, y por último, la sanción prevista en la nueva ley. La aplicación de cada una de las categorías jurídicas anteriores, están determinadas por las antinomias que se presentan en los diferentes conceptos y tipos de ley en el ordenamiento jurídico colombiano, que permiten establecer cual es la norma vigente a aplicar en un caso concreto.

El operador jurídico para la aplicación de esa primera parte del derecho disciplinario que es el derecho legislado, debe ubicar la vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio, y para ello debe tener en cuenta que en cuanto al primero, debe precisarse el momento en que ocurrieron los hechos; ya que a partir de esta definición, se puede establecer si hay lugar a procesar al eventual autor o autores de la falta. Primero, porque el Estado tiene el derecho de ejercer la acción disciplinaria por el término de cinco años, lo que implica que si la falta es de ejecución instantánea el tiempo se empieza a contar a partir de la ocurrencia del hecho, pero si es de aquellas faltas de tracto sucesivo o de ejecución continuada, el término empieza a contarse a

partir del último acto constitutivo de la misma.

1.5 La acción disciplinaria: Potestad, titularidad, caducidad y prescripción.

La potestad disciplinaria, entonces, *es la facultad que tienen las autoridades públicas en Colombia de ejercer en nombre del Estado la competencia sancionadora o absolutoria*, esto es la de ejercer el ius puniendi estatal, esto es la facultad de establecer en el ordenamiento jurídico la tipicidad de las faltas y las sanciones disciplinarias, la calificación de las mismas, los elementos antijurídicos de reproche, la culpabilidad dolosa o culposa, los grados de la culpa, autoría, participación por acción u omisión.

La acción disciplinaria, es la institución jurídica en virtud de la cual las autoridades *ponen en movimiento la capacidad de las autoridades disciplinarias para investigar* ya en un proceso verbal u ordinario la conducta de los servidores públicos o particulares sujetos del derecho disciplinario, con el fin de establecer los elementos de la responsabilidad disciplinaria, esto es, tipicidad, autoría y participación, con los ingredientes de reproche ya por la acción u omisión dolosa o con culpa gravísima, grave o leve.

La titularidad de la acción disciplinaria por su parte, emana de la potestad disciplinaria, en tanto consiste en *la competencia que le asigna la Constitución, la ley y los reglamentos a las autoridades públicas como la Procuraduría General de la Nación, Personerías, Oficinas de Control Interno de las entidades públicas, a las autoridades judiciales*, para ejercer la acción disciplinaria, es decir con fundamento en la competencia y a partir de las conductas en que incurran los sujetos del derecho disciplinario,

ya sea un servidor público o un particular, a través de un procedimiento de naturaleza administrativa ya sea verbal u ordinario, y teniendo en cuenta, la tipicidad de las faltas y de las sanciones, la antijuridicidad del comportamiento, la culpabilidad dolosa, con culpa gravísima, grave o leve, ya por acción u omisión, ejerza esa competencia expidiendo un acto administrativo definitivo que ponga fin a la actuación, en donde previa garantía del debido proceso, del derecho de defensa, audiencia y contradicción resuelva el asunto de fondo, ya sea expidiendo un fallo sancionatorio o absolutorio. En todo caso los actos administrativos sancionatorios de naturaleza disciplinaria, deben contener los elementos del acto administrativo así:

a.- El Elemento objetivo, y es la sujeción del acto administrativo a la Ley, esto es, al ordenamiento jurídico al que materialmente debe sujetarse la decisión expedida por la administración. De aquí surge la causal de nulidad del acto administrativo disciplinario, conocido como *violación a la ley*, cuando el la decisión sea contraria al precepto.

b.- El elemento subjetivo, y tiene que ver con la competencia del servidor público para conocer de la actuación disciplinaria, tanto en la indagación preliminar, investigación disciplinaria, formulación de cargos, decreto y práctica de pruebas, fallo de primera y segunda instancia. De allí surge la segunda causal de anulación del acto administrativo disciplinario y es la incompetencia del en que incurre el funcionario para expedir el acto administrativo complejo.

c.- El elemento formal, y hace relación al componente procedimental exclusivamente. Esto es,

que la Ley 734 de 2002, establece el proceso verbal y el ordinario y en cada uno de ellos establece de manera individualizada cada una de las etapas y actuaciones que deben surtir para que dentro de ellas, se cumpla con la finalidad del procedimiento administrativo disciplinario, y es la garantía del debido proceso, el derecho de defensa material y técnico, el derecho de audiencia y contradicción, la adecuación típica, las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria, los agravantes y atenuantes, la legalidad de las faltas y de las sanciones. Es así, como el procedimiento debe adelantarse en cada una de sus etapas conforme a la Ley, y es la indagación preliminar, los presupuestos de su procedencia, el archivo definitivo; la apertura de la investigación disciplinaria, la individualización de los presuntos autores, la tipicidad de la conducta, su existencia, la prueba que da lugar a la apertura, las normas que le sirven de sustento, la táctica de pruebas, las comunicaciones y notificaciones de rigor; el pliego de cargos con la individualización del presunto responsable, cargo, entidad, conducta, faltas vulneradas, las pruebas que le sirven de sustento, las comunicaciones y notificaciones de rigor. Luego el periodo de descargos, la etapa probatorio, el decreto de pruebas de oficio o a petición de parte, el fallo de primera instancia, el fallo de segunda instancia y la suspensión provisional en el caso que se procedente desde la apertura la investigación disciplinaria. Cuando el acto administrativo disciplinario, se elide pretermitiendo alguno de éstas actuaciones, se incurre en la causal de anulación de los actos administrativos, conocida como *expedición irregular del acto*, por violación al debido proceso, al derecho de audiencia, de defensa, o por haber permitido alguna etapa del procedimiento administrativo disciplinario.

d.-El elemento causal, que hace relación a la motivación que tuvo la autoridad competente

para expedir el acto administrativo disciplinario. Encuentra fundamento en la Constitución y la Ley, esto es que la norma superior impone el deber a las autoridades públicas de expedir las decisiones suficientemente motivadas, al igual que la misma Ley 734 de 2002 que impone el deber concreto a los titulares de la acción disciplinaria de motivar todas las decisiones que se tomen en la actuación o procedimiento administrativo disciplinario. De allí, que cuando la administración toma una decisión disciplinaria mediante acto administrativo sin el cumplimiento de ésta exigencia constitucional y legal, habrá incurrido en la causal de nulidad del acto administrativo disciplinario conocida como falta de motivación, esto es:

- Por ausencia total de motivación, y es cuando se expide el acto, sin que la decisión encuentre sustento legal o probatorio alguno.

- Por motivación insuficiente; y se presenta cuando la motivación expresada en el acto administrativa no guarda coherencia con la decisión que se toma, y no constituye su causa eficiente, esto es, que la motivación expresada no alcanza a expresar el fundamento legal de la decisión.

- Por motivación equívoca. Consiste en en que la decisión contiene una motivación que no corresponde a la decisión que se toma, ni a sus circunstancias de tiempo modo y lugar a tal punto que pareciera que la motivación hace relación a presupuestos fácticos y legales distintos a los que le sirven a la administracion para tomar la decisión.

- Motivación irregular por inexistencia de medio probatorio. Se presenta cuando, el acto administrativo se funda en pruebas que constituyen la causa eficiente de la decisión que no existen u obran dentro del proceso.

- Motivación irregular por errónea valoración probatoria. Se presenta cuando el acto administrativo se funda en uno o varios medios probatorios que si bien existen dentro del proceso y fueron obtenidos legalmente dentro del proceso, la autoridad le da un alcance distinto al medio probatorio que no tiene.

e.- El elemento finalístico. Consiste en la finalidad que debe perseguir la administración toda decisión que tome, esto es, con la expedición de los actos administrativos- Aquí se configura la causal de anulación de los actos administrativos disciplinarios conocida como desviación o abuso de poder, que consiste en que cuando la autoridad tiene competencia para tomar una decisión, y no la ejerce para cumplir con la finalidad prevista en la norma, sino para satisfacer otros intereses distintos al previsto en la norma, ya de orden político, económico, cultural, social, religioso etc.

Por su parte, el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, modificó el artículo 30 de la ley 734 de 2002, que disponía que la acción disciplinaria prescribía dentro de los cinco años siguientes a la ocurrencia de la conducta. Para las faltas instantáneas, al día siguiente de su configuración, y para las de ejecución continuada a partir del último acto constitutivo de la falta. Esto implicaba, que durante los cinco (5) años de la prescripción de la acción disciplinaria, la autoridad

disciplinaria debía agotar el procedimiento que culminara con la expedición del acto administrativo motivado, lo que implica que se debía declarar la prescripción de la acción cuando quiera que dentro de éstos cinco años la autoridad disciplinaria no lograra expedir el acto administrativo junto con su correspondiente ejecutoria.

El artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, modificó el régimen de prescripción de la acción disciplinaria, regulándolo de la misma manera como la Ley 610 de 2000 lo estableció para la acción fiscal, esto es, que señaló el término de cinco años para la caducidad y cinco años para prescripción de la acción disciplinaria. Así lo dispuso:

"Artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

la acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso de prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas".

En relación al contrato estatal, la nueva regulación de la prescripción deja sin piso la interpretación de la Procuraduría General de la Nación, cuando afirmaba que en los contratos de tracto sucesivo, no prescribía la acción disciplinaria mientras estuviera vigente el plazo del

contrato, lo cual con la modificación legal ahora introducida, queda claro que sin perjuicio de la vigencia del plazo del contrato, el término de prescripción de cada una de las conductas comienza a contarse desde su ocurrencia o el último acto constitutivo de la misma para las instantáneas o continuas, por acción u omisión, lo que implica que las distintas conductas constitutivas de faltas disciplinarias ocurridas de manera independiente dentro del plazo del contrato, transcurren igualmente de manera independiente sin que tenga relación con la vigencia o no del plazo del contrato. Podríamos afirmar que el vencimiento del plazo del contrato es intrascendente para contar el término de prescripción de las diferentes faltas que ocurran durante la vigencia del mismo. El vencimiento del plazo del contrato si es trascendente, para comenzar a contar el término de prescripción de la falta disciplinaria cuando esta es ocasionada por el vencimiento de los términos para la liquidación del contrato en cualquiera de sus modalidades.

1.6 El control de las fuentes de producción del Derecho Disciplinario sustancial y legislado.

Las distintas instancias que constituyen fuente de producción del derecho disciplinario son a saber:

- a.- *Instancia constituyente*, en tanto la Constitución Política establece los fundamentos y límites del sistema de imputación;

- b.- *En la instancia legislativa* se desarrolla el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones disciplinarias, a través de la expedición y promulgación de las disposiciones que constituyen los Códigos Disciplinarios; c.- *La instancia judicial*, en cuanto los SDCSJ y el CSJSD son los encargados de aplicar el derecho disciplinario a funcionarios judiciales, pero también el Juez Contencioso Administrativo se encarga de aplicar derecho disciplinario cuando conoce de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas, y cuando conoce de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que en forma definitiva fallan procesos disciplinarios, ya sea por la PGN, por las PM o las OCID de las distintas entidades públicas.
- d.- *Por último la instancia ejecutiva o administrativa*, en cuanto los titulares de la función administrativa también son competentes para conocer de procesos disciplinarios, como las Oficinas de Control Interno Disciplinario, los organismos de vigilancia y control tales como personerías y contralorías, pero que en todo caso son los titulares de la función administrativa los encargados de ejecutar las sanciones disciplinarias.

A partir de esas instancias, se puede concluir que la dogmática disciplinaria tiene como objetivo específico, la construcción científica, organizada y sistematizada de conceptos y conocimientos de orden jurídico sobre el Estado, su funcionamiento, los titulares de la función administrativa, la responsabilidad subjetiva de los agentes públicos, de los fines, valores y principios que orientan las actuaciones del Estado, orientados a promover un ejercicio legítimo del poder sancionatorio estatal y a promover la aplicación racional y lineal de la normatividad

disciplinaria, siempre que se den los fundamentos de hecho, de derecho y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la norma exige para estructurar la responsabilidad disciplinaria del investigado. Esa función legitimadora de la dogmática disciplinaria, tiene como fin evitar la comisión de faltas disciplinarias y la de garantizar el amparo de los sujetos activos de las faltas disciplinarias.

La Teoría General del Derecho, que estudia los asuntos comunes al Derecho Penal y el Derecho Disciplinario y junto con la dogmática del Derecho Disciplinario y su diferencia con la dogmática del Derecho Penal, permite establecer la diferencia entre una y otra disciplina, así como también explica la necesidad de una protección del derecho penal a bienes jurídicos que se encuentran inmersos en la contratación estatal.

En ellos, el deber de sujeción es general, es decir, de todos los sujetos contractuales y de todas las personas que intervienen directa o indirectamente en la actividad contractual del Estado; mientras que la razón de la existencia de una protección disciplinaria de los contratos, son las funciones atribuidas a unos servidores públicos o de particulares que ejercen funciones públicas o administrativas, que incurren en conductas que ajenas a constituir delitos o no, infringen el interés jurídico del Estado consistente en mantener incólume los principios de la función administrativa de orden constitucional en la actividad contractual del Estado.

Esas conductas pueden o no constituir delitos, pero en derecho disciplinario son conductas que constituyen faltas disciplinarias gravísimas, por ser comportamientos que trascienden a los intereses que constituyen la naturaleza de ser y que justifica la existencia del Estado, la cual es

la satisfacción de los intereses generales a través del contrato estatal, como mecanismo para cumplir los cometidos estatales, que no son otros que la prestación de los servicios a cargo. De allí, que este trabajo se ocupe de estudiar la teoría de las faltas gravísimas, ya que por norma general es esta la calificación que reciben todos los comportamientos contractuales de los sujetos del derecho disciplinario que incurren en una tipicidad de esta naturaleza, salvo los casos en que la falta disciplinaria se haya cometido con culpa grave, evento en el cual la falta de gravísima se convierte en grave. Es así como el derecho disciplinario, según la competencia del titular de la acción disciplinaria, lo podemos clasificar en derecho disciplinario administrativo, jurisdiccional y delegado.

De conformidad con el artículo 2° del Código Disciplinario Único, el derecho disciplinario tiene una naturaleza procesal administrativa, en cuanto a la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales –control externo-y las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las distintas entidades públicas, son titulares de la función administrativa para efectos de ejercer la acción disciplinaria, es decir, el conjunto de actuaciones que adelantan son de naturaleza administrativa y por ende, dentro del proceso disciplinario encontramos providencias administrativas interlocutorias, de sustanciación, de trámites y definitivas; ésta última susceptibles de control judicial ante el juez contencioso administrativo, por vía de acción de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de carácter definitivo.

De otra parte, el derecho disciplinario jurisdiccional, conforme al artículo 3° del Código Disciplinario Único, es competencia de las Sala Disciplinaria Del Consejo Superior de la Judicatura y Consejos Seccionales de la Judicatura- Salas Disciplinarias- para conocer de las

faltas de los funcionarios judiciales, y por tanto son titulares de funciones judiciales que por tener sus actuaciones tal naturaleza, no son susceptibles de control judicial distinto al que puede la administración de justicia realizar de sus propias decisiones a través de los recursos previsto por la ley, conforme a los artículos 11, 12, 75, 111, 112 y 114 de la Ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia-; y al Decreto 196 de 1971 que constituye el Código Disciplinario Ético del Ejercicio de la profesión de Abogado en lo pertinente y la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario del Abogado.

Así mismo, la pérdida de investidura de los Congresistas, diputados y concejales es un juicio de responsabilidad política de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el primer caso, en el segundo y tercer caso es competencia de los tribunales administrativos en primera instancia y de la Sección Primera del máximo Tribunal Contencioso en segunda instancia, que culmina con absolución del demandado o con una sanción de carácter jurisdiccional de tipo disciplinario con consecuencias permanentes, en tanto el sancionado queda inhabilitado para ser elegido y ejercer cargos de elección popular, conforme a los artículos 183, 184 constitucionales y a la ley 144 de 1994.

Los juicios políticos o *impeachment*, contra el Presidente de la República, Magistrados de las altas Cortes y el Fiscal General de la Nación, de conformidad con los artículos 174, 178, numeral 3º, 233 y 278, numeral 2º constitucionales, son competencia de la Cámara de Representantes previa instrucción de la Comisión de Investigación y Acusación, y del Senado de la República; ya que si bien tienen una naturaleza procesal de carácter político, disciplinario y penal, el alto juez se encarga de juzgar a estos servidores públicos en cuanto en un Estado social, democrático, participativo y constitucional de derecho, todos sus agentes están sometidos a

control, aunque de jueces especiales pero lo están. En este caso, los miembros del Congreso son jueces inviolables en sus votos y opiniones, como lo señala la Constitución Política y la Ley 5ª de 1992 definida como la Ley del reglamento del Congreso y ratificado por la Corte Constitucional.

El Derecho Disciplinario es delegado, en cuanto la Constitución y la ley pueden otorgarles funciones administrativas a los particulares, como es el caso de los Consejos Profesionales encargados de registrar y expedir las tarjetas a profesionales tales como el Consejo Profesional de Economía, de Ingeniería, Arquitectura, Tribunal de Ética Médica y la Junta Central de Contadores entre otras. Estos particulares al expedir los actos de certificación, registro y de otorgamiento de tarjetas profesionales están haciendo uso de la titularidad de funciones administrativas, así como cuando ejercen en nombre del Estado la acción disciplinaria, son particulares que administran justicia y sus actos son administrativos, y por tanto sometidos al control del juez administrativo conforme al artículo 1º., del Código Contencioso Administrativo.

Como previamente se anotó, enseguida, en los Capítulos Primero y Segundo del presente Título, se desarrollan en su orden, los temas relacionados con *el contrato estatal frente a los distintos regímenes de responsabilidad* y con *la estructura de la responsabilidad disciplinaria por la comisión de una conducta descrita como falta disciplinaria de naturaleza contractual*.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

El contrato estatal observado desde dos perspectivas, una como negocio jurídico, y otra como herramienta para garantizar y satisfacer necesidades públicas a la comunidad, hace imperioso la especial protección desde los diferentes regímenes de responsabilidad.

De una parte, desde la perspectiva legal y patrimonial, el contrato es objeto de control por parte del juez de la administración, esto es el juez contencioso administrativo por norma general y en algunos casos especiales el contrato estatal es controlado por el juez ordinario por expresas disposiciones legales. En este orden de ideas, el juez contencioso administrativo, busca resolver aquellas controversias desde el punto de vista del principio de legalidad contractual, esto es que se cumpla el derecho público de los contratos estatales en las tres fases de la operación contractual.

Así mismo, el juez contencioso administrativo a mas de preservar el principio de legalidad contractual, tiene como objetivo hacer respetar las estipulaciones contractuales, esto es, que el contrato se ejecute con sujeción además a las mismas cláusulas y regulaciones establecidas por las partes en el contrato.

De allí, que a través del juez del contrato, se puede exigir el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas, la resolución del contrato, el pago de las indemnizaciones a que haya lugar. Todo

ello, porque el legislador a previsto un juez que actúe como un tercero frente a eventuales controversias entre las partes, o entre el cualquier persona y el Ministerio Público el mismo contrato.

De otra parte, observamos que existe otro régimen de responsabilidad contractual. Se trata de la responsabilidad disciplinarias, donde tiene como objetivo garantizar que los servidores públicos o particulares sujetos del derecho disciplinario, realicen la actividad contractual con plena sujeción al principio de legalidad contractual, esto es, el conjunto de normas que la regulan, sopena de sanción disciplinaria.

La responsabilidad fiscal, tiene como finalidad establecer si la gestión contractual se realizó, maximizando los recursos disponibles, de tal manera que los sujetos del control fiscal no incurran en desarrollo de la actividad contractual estatal, en daño al patrimonio del Estado, esto es, la aminoración que pueda sufrir el Estado como consecuencia de una gestión contractual inoportuna, irregular, ineficaz, etc. La finalidad que persigue es eminentemente resarcitoria.

La responsabilidad penal de los contratos estatales, por su parte, tiene como finalidad de preservar los principios de la función administrativa estatal. Es decir, proteger bienes jurídicos de interés estatal, tales como la transparencia, la economía, la eficacia, eficiencia etc. Siendo así, para la ley penal es de trascendental importancia, que no se suscriban contratos estatales con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, con interés indebido, como tampoco que se suscriban contratos estatales sin el lleno de los requisitos esenciales legales.

Por último, existen otros delitos asociados al contrato estatal, y se trata de la falsedad en documentos contractuales, ya que los oferentes en ocasiones presentan documentos con alteraciones materiales o ideológicas con el fin de presentar propuestas que inducen a errores a las administraciones públicas, obteniendo la adjudicación del contrato de manera ilegal. También, es posible que durante la celebración y ejecución del contrato estatal, alguno de los agentes contractuales puedan incurrir en apropiaciones de dineros públicos, lo que nos enmarca en el delito de peculado, así como también es posible que se incurra en delitos de concusión, cohecho propio e impropio.

La responsabilidad penal, fiscal disciplinaria y civil derivada de los contratos estatales, es distinta, de tal manera que el resultado de un proceso penal no incide en el proceso disciplinario, como tampoco en el de responsabilidad fiscal o contencioso administrativo. Así las cosas, una investigación disciplinaria que culmine en sanción, si por los mismos hechos se adelanta una investigación penal, fiscal o un proceso contencioso administrativo, no incide en la decisión en éstos últimos procesos, porque puede suceder que desde el punto de vista disciplinario haya lugar a imponer una sanción, pero desde el punto de vista fiscal no haya responsabilidad patrimonial, como tampoco en lo contencioso administrativo, ni en lo penal, porque puede suceder que en lo disciplinario haya omisión a un deber funcional, pero en lo fiscal el daño o no exista o no sea consecuencia de una indebida gestión fiscal del investigado y sancionado en materia disciplinaria; como tampoco exista responsabilidad penal, porque existe alguna causal de exclusión de responsabilidad penal, o porque no está incurso en los ingredientes del tipo, o en los verbos rectores etc.

Pero, si el sujeto pasivo de la acción penal, durante su calidad de imputado o acusado en el proceso penal realiza negociaciones o per -acuerdos con la Fiscalía General de la Nación en relación a unos delitos imputados, y por los hechos constitutivos de éstos se adelanta una investigación disciplinaria y fiscal y contencioso administrativa, tal negociación una vez aprobada por el juez, no puede ser tenida en cuenta en los juicios disciplinarios, contencioso administrativos, ni fiscales, nisiquiera como indicio en contra, ya que en los disciplinario, fiscal y contencioso no existe la figura de la negociación o preacuerdos, y de otra parte, en el penal el preacuerdo implica la renuncia a un juicio público, al derecho de la defensa, a ser vencido en juicio al contradictorio, y tales renunciaciones no se traslapan ni se comunican en el proceso disciplinario fiscal y contencioso administrativo, debiendo ser vencido en juicio en estos últimos procesos. Además, porque la naturaleza del preacuerdo en materia penal, tiene un alcance probatorio y de cosa juzgada únicamente en lo penal, sin que tenga relación alguna con los disciplinario, fiscal y contencioso administrativo. En la responsabilidad contencioso administrativo debe probarse el daño contractual, la imputación y el fundamento, en lo disciplinario debe probarse la infracción al deber funcional u obligatorio derivado del ejercicio de la función pública o administrativa en virtud de un cargo o empleo público o la celebración de un contrato estatal de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, de consultoría o contrato o convenio que implique el ejercicio de funciones estatales.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL CONTRATO ESTATAL Y
REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, FISCAL,
PENAL Y CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

El contrato como lo define el artículo 1602 del C. C., es un acuerdo de voluntades, que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, le permiten contraer obligaciones, previo acuerdo sobre objeto, precio, plazo y las demás estipulaciones que no prohíba el derecho común y las obligatorias que exija el derecho público de los contratos estatales.

El legislador en desarrollo de los postulados constitucionales, ha establecido que los contratos estatales como negocio jurídico contienen distintos intereses y bienes jurídicos que debe proteger; para ello ha dispuesto distintos mecanismos, con metodología, alcance, estructura, procedimientos, competencias y categorías jurídicas propias, a fin de garantizar el fin perseguido en estos, que no es otro que la satisfacción de necesidades públicas de interés general de la comunidad, tales como el suministro de bienes y servicios y la prestación de los servicios públicos a su cargo.

La hipótesis de investigación entonces se dirige a identificar las diferencias entre el régimen de responsabilidad disciplinaria, con el penal, el fiscal y el contencioso administrativo, señalando

cuáles son las fronteras entre uno y otro, desde la óptica del *nom bis in idem sustancial* que evita que se ejecuten dos o más sanciones por la misma conducta dentro del mismo régimen de responsabilidad; así como desde el punto de vista del *nom bis in idem procesal* que prohíbe adelantar dos o más procesos por la misma conducta, dentro del mismo régimen de responsabilidad.

1. Fronteras entre la responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y contencioso administrativa derivada del contrato estatal: *nom bis in idem procesal*.

El *nom bis in idem*, es un principio de naturaleza constitucional cuyo fundamento se encuentra en el artículo 29 Superior, en cuanto dispone que una persona no pueda ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Se le denomina procesal, en tanto en el derecho sancionatorio ya sea en derecho penal como disciplinario el punto de partida tanto de la falta como del delito, es la conducta humana. Ello implica que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito o falta en distintos procesos cuando la descripción de la conducta sea la realizada en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de un mismo régimen de responsabilidad, ya sea penal, disciplinaria, contravencional, contencioso administrativo o contractual.

Pero si tanto el Derecho Penal como el Disciplinario, provienen de un mismo género como es el derecho sancionatorio y de una misma potestad estatal en cuanto a la fuente de producción y de competencia, como es el *ius puniendi*; en principio se diría que basta con el derecho penal en cuanto así como tipifica los hechos punibles tanto de los particulares como de los servidores

públicos, así mismo, podría extender el catalogo de delitos, de sanciones penales principales y accesorias, incluyendo en estas últimas las de destitución, terminación del contrato, suspensión en el ejercicio del cargo o multa, ó inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, cuando las conductas descritas en el tipo penal afecten el correcto funcionamiento de la gestión pública.

Lo anterior, es posible en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal, ya que existen semejanzas en el derecho penal con el derecho disciplinario, pero así mismo existen diferencias, que justifican la simultaneidad o la coexistencia de ambos regímenes. Tanto el derecho penal, como el disciplinario provienen de la potestad del *ius puniendi* estatal, en tanto es derecho sancionatorio, comparte el principio de reserva legal en cuanto sólo el legislador puede elevar las conductas a la categoría de delitos y faltas, así mismo existe el principio del juez natural, el de legalidad del delito, de la pena, de la falta y de la sanción; todas las garantías propias que hacen parte del derecho fundamental al debido proceso. Por último, encontramos que formalmente, tanto el delito como la falta tienen los mismos elementos, vale decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Pero así mismo, encontramos diferencias sustanciales que explican porque debe coexistir tanto el derecho penal como el disciplinario. En primer lugar encontramos que la tendencia del derecho penal -liberal de los Estados liberales contemporáneos, sociales democráticos, participativos y constitucionales de derecho-, es que las conductas punibles cuantitativamente son pocas, es a lo que le denominamos "*derecho penal mínimo*". El legislador penal sólo toma las conductas de las personas imputables que trascienden socialmente, que lesionan gravemente los

bienes jurídicos que por ser especialmente relevantes para el Estado y la sociedad este quiere proteger. De aquí que afirmemos que el derecho penal es un medio de control social, que se constituye en la última ratio, pero eso no indica que sea el único, ya que existen otros medios de control social del delito de manera persuasiva o preventiva, tales como los medios de comunicación, las escuelas, programas de prevención de las instituciones públicas etc. Cuando el Estado acude al derecho penal como último medio de control social, es porque fracasó en su política criminal de prevención del delito, y debido a ello activa la acción penal cuya titularidad la tienen las autoridades judiciales.

El Derecho Disciplinario, por su parte es máximo, ya que se constituye en un mecanismo de control para garantizar el correcto funcionamiento de la función pública, para ello no existe ningún otro mecanismo de control para el cumplimiento de los deberes del servidor público y de los particulares que ejercen funciones públicas frente a sus obligaciones constitucionales, legales, y contractuales. De allí que el CDU, en su artículo 34 establezca treinta y cuatro deberes, y en el artículo 35, señale treinta y cinco prohibiciones, así como en el artículo 48 Ibidem establece 63 faltas disciplinarias gravísimas, modificadas por la Ley 1474 de 2011.

El legislador al definir las faltas disciplinarias y las sanciones, tiene la convicción de que con ello le está atribuyendo un carácter preventivo y represivo al derecho disciplinario y a las sanciones. Así, el derecho disciplinario, es el primer instrumento con que cuenta el Estado para prevenir y reprimir la comisión de las faltas disciplinarias y para garantizar el correcto funcionamiento de la función pública, en principio afirmamos que su función también es evitar que el Estado no tenga que acudir al derecho penal como medio de control social, en cuanto

sean conductas en las que incurran los servidores públicos y los particulares sujetos del derecho disciplinario.

Esta afirmación es parcialmente cierta, en cuanto se trate de faltas disciplinarias graves y leves, ya que el sujeto que incurra en infracción a deberes o en una prohibición, se le aplicará la sanción disciplinaria correspondiente, más no la penal, pues la conducta no está prevista como delito. Pero si se trata de faltas disciplinarias gravísimas, encontramos que ciertas conductas se encuentran igualmente descritas como delitos, cuyo sujeto activo es calificado, es decir, siempre que las cometa un servidor público o un particular que ejerza funciones públicas o administrativas, recaude, administre o custodie bienes del Estado, en virtud de un convenio interadministrativo, conforme al artículo 210 constitucional, la Ley 489 de 1998 y los artículos 25 y 53 del CDU, modificado por la Ley 1474 de 2011, evento en el cual el Estado dispone de dos medios de control: de una parte, el derecho disciplinario para proteger la función pública y de otra parte, el derecho penal para proteger el bien jurídico institucional o colectivo que se tutela.

En este caso, ¿por qué tendría que estar una conducta humana tipificada como delito y como falta disciplinaria? Creemos que dos son las razones que justifican la doble tipificación. La primera, consiste en que el derecho penal protege bienes jurídicos, que pueden ser personales como el homicidio, las lesiones personales, el patrimonio privado, institucionales como el patrimonio público, la administración pública y de justicia, y colectivos como la fe pública, el orden económico y social etc.

Por tanto, en el delito de peculado se protege el patrimonio público, mientras que en la falta disciplinaria cuya descripción típica es la misma conducta lo que se protege es la adecuada protección o salvaguarda del servidor público respecto del patrimonio estatal, contenido en el deber funcional del servidor público, consistente en custodiar, salvaguardar los bienes del Estado a su cargo y abstenerse de apropiarse para sí o para un tercero. La vulneración disciplinaria se produce porque teniendo el deber de proteger el patrimonio se abstuvo de hacerlo, apropiándose de él o permitiendo que otro lo haga.

La segunda razón que justifica la coexistencia del Derecho Penal con el Derecho Disciplinario, está dada por el régimen de sanciones e impedimentos. En el Derecho Penal, existen delitos cuya pena privativa de la libertad es excarcelable, así como también dada la cuantía de la pena, el grado de culpabilidad, cuando el delito es político o culposos, no da lugar a la inhabilidad para el ejercicio de la función pública.

Como el fin del Derecho Penal no es inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública, sino el de aplicar una sanción rehabilitadora, resocializadora, entonces las sanciones se enmarcan en ese contexto; mientras que si no existiese el derecho disciplinario, la persona condenada penalmente que no se le imponga como sanción accesoria la interdicción de funciones públicas, puede ejercer un cargo público, sino fuera porque al estar descrita como falta disciplinaria gravísima la misma conducta, el juez competente a más de destituirlo puede imponerle la correspondiente inhabilidad general. De no ser así se afectaría el decoro, la ética y la moralidad pública.

Es por ello, que el legislador disciplinario se encarga de describir la conducta como falta disciplinaria gravísima con el fin de que pueda proteger la función pública, evitando que una persona con estos antecedentes, acceda a un cargo público, por la sanción de destitución que comporta inhabilidad general de diez a veinte años para el ejercicio de función pública. Pero si la falta es grave o leve, igualmente se propone el legislador proteger ciertas funciones públicas, ya que existen cargos que exigen ausencia total de sanciones y de manera permanente estará inhabilitado para acceder a dichos empleos públicos.

Las otras diferencias existentes entre el derecho penal y el disciplinario, las encontramos en las formas de participación en la realización de la conducta, que estudiaremos mas adelante a profundidad, ya que mientras en el derecho penal existen el autor, el coautor, el cómplice, el encubridor; en derecho disciplinario sólo existe autor y coautor de la falta. Así mismo, en Derecho Penal existen por norma general los delitos de resultado, la tentativa y por excepción los delitos de peligro que no exigen resultados; y en derecho disciplinario por norma general las faltas son las infracciones al deber y el resultado se produce con la sola infracción del deber sin justificación alguna, no importando para efectos de la existencia de la falta el resultado, aunque de darse es considerado para efectos de la graduación de la inhabilidad o el término de la suspensión o de la cuantificación de la multa.

Existen eventos en que por disposición del mismo legislador, sólo existe falta si como consecuencia de la realización de la conducta de un agente se produce un resultado. En este sentido, existen faltas disciplinarias que dada su naturaleza, exigen un resultado, tales como la suscripción de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e

incompatibilidades; suscripción de contratos sin el lleno de requisitos esenciales, e interés ilícito en la celebración de contratos. En este caso el deber sólo se infringe si se produce el resultado, es decir, la suscripción o celebración del negocio jurídico, y en el evento en que se adjudique el contrato y no alcance a suscribirse el delito ni la falta disciplinaria se habrá cometido.

El punto de encuentro y a la vez la frontera entre el Derecho Penal y Disciplinario es la conducta humana, que es la que se describe tanto en el tipo penal como en la falta, desde luego tienen distintos alcances, ya que mientras en el primero solo se describen las conductas que lesionan de manera grave los bienes que el Estado quiere proteger por que trascienden a la sociedad y a las personas; en las faltas se describen estas calificadas como faltas gravísimas, y otras de menor intensidad tipificadas como faltas graves y leves.

De otra parte, encontramos la responsabilidad fiscal, que desde luego tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio. Lo anterior quiere decir, que tanto a la Contraloría General de la República como a las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, les corresponde ejercer la vigilancia y control a la gestión fiscal del Estado, esto es a las entidades públicas y a los particulares que administren o custodien recursos o bienes públicos, denominados sujetos de control fiscal. Este control fiscal es posterior y selectivo, vale decir, una vez realizada la gestión fiscal estatal por parte de las administraciones públicas que podemos definir como *“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, 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”.

Cuando en desarrollo de la gestión fiscal del Estado se observa un faltante de bienes públicos, o daño que tiene como consecuencia la configuración de un detrimento patrimonial por acción u omisión de un agente estatal, el órgano competente adelantará el proceso de responsabilidad fiscal, cuyo fin es el de recuperar para el Estado los recursos que le pertenecen. Para ello, deberá el órgano de control fiscal probar los elementos de la responsabilidad fiscal, así: La existencia de una actuación realizada por una persona natural que como servidor público actúan en nombre del Estado, o de una persona jurídica particular; se debe demostrar el daño, consistente en el detrimento patrimonial que sufre el Estado y los perjuicios como consecuencia del daño; el nexo causal entre la actuación y el daño, en tanto este debe ser consecuencia de la actuación. Así mismo, en el juicio de responsabilidad Fiscal se debe analizar el dolo o la culpa del responsable, así como la concurrencia o no de causales de exoneración de responsabilidad, ya que si se trata de culpa sólo hay lugar a fallo con responsabilidad fiscal si esta es calificada como grave o leve y si existen causales de exoneración, no obstante se produzca el daño y el perjuicio, el funcionario competente debe producir el fallo sin responsabilidad fiscal.

Así, el daño patrimonial al Estado es 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.”* Por su parte, la ley 610 de 2000, dispone que en

“los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”.

Como quiera que el contrato estatal es la gestión fiscal por excelencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional al definirlo como una herramienta de gestión fiscal, sobre este, el órgano de control fiscal realiza de manera posterior el proceso de auditoria en tres momentos: A la legalización del contrato, durante su ejecución y la liquidación del mismo. De evidenciarse un daño que genere detrimento patrimonial se adelantará el juicio de responsabilidad fiscal contra el gestor fiscal que asumió el comportamiento contractual dañino.

El principio de responsabilidad contractual, previsto en el artículo 26. numeral 2 de la Ley 80 de 1993, constituye el fundamento de la responsabilidad fiscal derivada de la gestión fiscal del Estado cuando se hace a través de un contrato estatal, amén del artículo 65 Ídem, que dispone el control fiscal posterior a los contratos estatales, que de acuerdo a la naturaleza de las distintas fases del contrato, encontramos que el primer control posterior se efectúa una vez cumplidos los trámites de legalización de los contratos; el segundo corresponde al proceso de ejecución del contrato; y el tercero una vez liquidados o terminados los contratos.

Si en el ejercicio de un contrato estatal se producen menoscabos al patrimonio público, originados en sobre costos, el servidor público que lo celebró debe responder fiscalmente por el daño ocasionado al patrimonio público, en la medida en que la conducta supere el test de los elementos de la responsabilidad fiscal, esto es el daño, la imputación y el fundamento del

mismo. El daño en cuanto genere como perjuicio la aminoración del patrimonio del Estado, que siendo antijurídico el Estado no está obligado a soportar. La imputación, que es la atribución del daño al agente que lo produce y el fundamento, que es la razón jurídica de la responsabilidad del imputado de resarcir el daño ocasionado, es decir, el deber de reparar.

En la actividad contractual del Estado, también responden solidariamente los servidores públicos, interventores, supervisores, asesores de planeación, de la oficina jurídica, control interno; al igual que los demás funcionarios del nivel ejecutivo u operativo siempre que el daño sea consecuencia en alguna medida de sus acciones u omisiones. En el caso de los particulares contratistas, los artículos 52 y 56 de la Ley 80 de 1993, los hace sujetos en forma expresa de responsabilidad civil y penal; y para efectos criminales la ley los considera servidores públicos, ya que son los sujetos activos de los delitos a quienes se les aplican las mismas sanciones de estos, mas no los identifica expresamente como sujetos de control fiscal eventualmente responsables.

Cuando el objeto del contrato lleva consigo la administración de recursos o de patrimonio público, se observa que el contratista particular es sujeto de control fiscal, pero en ciertas ocasiones, se presentan comportamientos que generan el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como la inejecución del contrato y en este caso, el contratista no es sujeto de control fiscal, ya que lo que se presenta es un incumplimiento susceptible de ser dirimido en la jurisdicción contencioso administrativo o de la jurisdicción civil, según el juez del contrato.

El particular contratista, es sujeto de control fiscal cuando tiene como obligación la

administración, recaudo o custodia de recursos públicos, cuando es concesionario de bienes, servicios, de administración delegada, de recaudo de fondos públicos, de encargo fiduciario, circunstancia que convierte al contratista en un gestor fiscal y lo sujeta a una eventual responsabilidad, si se afectare o causare daño al patrimonio público encomendado contractualmente para su administración.

El contratista particular es responsable por uso inadecuado del anticipo, ya que en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, este es una especie de préstamo que le hace la entidad pública al contratista para financiarlo parcialmente siempre que el objeto y la tipología del contrato lo justifique, pero la inversión de estos recursos debe ser exclusivamente en el objeto del contrato y mantienen su naturaleza de público. En este caso, al ser una actividad de gestión fiscal, el control es posterior y selectivo; mientras que el uso inadecuado del pago anticipado, genera un incumplimiento contractual, que debe demandarse ante el juez contencioso administrativo, o mediante arreglo directo o por vía de conciliación haciendo efectiva la garantía, pues esa actividad no constituye gestión fiscal porque los dineros del pago anticipado pierden su naturaleza de públicos, ya que pasan hacer parte del patrimonio del contratista.

Pero si caducó la acción contenciosa o si venció la garantía y está vigente la acción fiscal, esta se convierte en el mecanismo o instrumento idóneo para resarcir el detrimento que sufrió el patrimonio público. Como se observa, las mismas actuaciones contractuales que dan lugar a la configuración de un daño patrimonial y al fallo con responsabilidad fiscal, pueden estar tipificadas como delitos, faltas disciplinarias, causales de nulidad del contrato, y de pérdida de investidura de congresistas, diputados y concejales. De allí que afirmemos que las fronteras

entre la responsabilidad fiscal, disciplinaria, penal y contenciosa administrativa es la conducta humana, expresada en acciones, omisiones, actos, hechos, operaciones administrativas, vías de hecho, ocupaciones temporales de inmuebles por causa de trabajos públicos, o por cualquier otra causa, que ejercida simultáneamente persiguen propósitos distintos.

La responsabilidad contencioso administrativa, derivada de un contrato estatal es susceptible de ser demandada ante el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de la acción de controversias contractuales, que a la letra dice: *“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la legalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes...”*

Las controversias contractuales tienen sus fuentes en el conflicto de intereses que surgen entre

las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanados del contrato estatal, o que surgen de los hechos de ejecución o de los actos que profiera la administración. De allí, que el conflicto contractual se presenta cuando se demanda su nulidad absoluta o relativa del contrato, su simulación o su revisión, el incumplimiento de una de las partes o de ambas a sus obligaciones de ejecución o cumplimiento, cuando se hace uso de una cláusula excepcional, o se ordena la liquidación unilateral del contrato o se solicita la liquidación judicial del negocio jurídico.

Las controversias contractuales, desde el punto de vista del artículo 87 del C. C. A. tienen las siguientes características:

- a) No requiere de decisión previa de la administración, sino que una vez se presenten pueden ser demandadas directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, o conciliadas perjudicialmente en lo que sea susceptible de arreglo, solicitando su nulidad o inexistencia, su revisión, su incumplimiento, la responsabilidad de una de las partes, las demás declaraciones y condenas.
- b) Se demanda cualquier conflicto que surja frente a los hechos de ejecución o cumplimiento y los actos contractuales que se susciten.
- c) La administración puede ser demandada o demandante, lo mismo que el particular.

El Juez contencioso administrativo, es competente para conocer de las controversias que surjan en virtud de un contrato estatal suscrito por las entidades públicas previstas en el artículo 2º de

la Ley 80 de 1993, salvo los excluidos expresamente por la Ley, tales como los contratos laborales, los de las empresas prestadoras de servicios de salud EPS -Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario No.1876 de 1994-, los de las empresas de servicios públicos domiciliarios ESP, incluyendo el cobro de la facturación, que se puede hacer por la vía ordinaria o por jurisdicción coactiva, salvo en los que se haya incluido cláusulas exorbitantes, siempre que fueren autorizadas u ordenadas por la respectiva Comisión de Regulación de Servicios Públicos y en defecto de tal autorización aunque se hayan pactado, son competencia de la jurisdicción ordinaria.

Los actos previos al contrato, son aquellos que se producen en la etapa pre-contractual o de preparación del contrato, los podemos denominar actos administrativos contractuales, que son demandables mediante la acción contractual, tales como el que ordena la apertura del proceso selectivo, el que modifica el pliego de condiciones o los términos de referencia, el que rechaza una oferta, el que prorroga el plazo previsto para la adjudicación de la licitación, concurso o convocatoria o para firmarlo, el acto que declara desierto el proceso selectivo, el que expiden las cámaras de comercio ordenando la cancelación de la inscripción de una persona natural o jurídica en el registro proponente, o el que la niega.

El Profesor JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ al respecto anotó, “... *podemos decir que la Ley 446 de 1998 derogó tácitamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, por cuanto los actos separables del contrato, que también se producen con ocasión de la actividad contractual, se impugnan por las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho; los demás actos de la operación administrativa contractual, se demandaban en ejercicio de la acción contractual, pero se aclara, como se verá mas adelante, que los actos*

separables también pueden demandarse en acción contractual, cuando sean el fundamento de la nulidad absoluta del contrato”. Los actos previos al contrato estatal son los siguientes: El acto de adjudicación del contrato, el que declara desierta el proceso selectivo, los actos de inscripción, registro, calificación y clasificación en el registro de proponentes; los de apertura del proceso, el que corrige o adiciona el pliego y los que decretan las prórrogas. El acto de adjudicación del contrato que se puede demandar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta días siguientes a su expedición, después de vencido sólo se pueden demandar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

Obtenida la nulidad del contrato, el juez ordena la terminación y liquidación del mismo en el estado en que se encuentre y la orden de reconocer cuando el contrato es nulo por objeto y causa ilícita, las prestaciones ejecutadas por el contratista hasta el momento en que el interés público se haya satisfecho con la ejecución del contrato; pero no se puede pretender que el juez ordene a la administración la adjudicación de un contrato, ya que los jueces administrativos no son coadministradores, razón por la cual si quien demanda es la persona que presentó la propuesta mas favorable, tendrá derecho a una indemnización que no puede ser la utilidad obtenida por quien ejecutó el contrato, reduciendo el monto de la indemnización al concepto de reparación del daño integral conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, esto es el costo de lo que gastó al participar en el proceso, los gastos administrativos en que incurrió, los daños que demuestre haber recibido como consecuencia de la no adjudicación del contrato a que tenía derecho, aunque el Consejo de Estado en casos excepcionales ha venido reconociendo a los demandantes algún porcentaje de la utilidad que de haber ejecutado el contrato hubiese obtenido.

Esta es la razón por la que, al lado de la acción contractual debe existir el control disciplinario, el penal y el fiscal; ya que si sólo existiera el contencioso administrativo, el servidor público con conocimiento de causa podría incurrir en desviación de poder adjudicando el contrato a una oferta distinta a la mas favorable, porque sabe que de demandarse el acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa y de prosperar las pretensiones, se declararía la nulidad del contrato, o del acto que lo adjudica, con una indemnización irrisoria al demandante y mientras tanto ya satisfizo su interés ilícito o el de un tercero, en la adjudicación, suscripción, ejecución y liquidación del contrato estatal.

Por ello, el legislador describe los comportamientos contractuales como en los delitos de suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales, o suscribirlo con interés ilícito propio o a favor de un tercero; o en materia disciplinaria la incursión en una falta disciplinaria gravísima que consiste en suscribir contratos con desconocimiento de los principios de contratación estatal, o estando incurso en causales constitucionales y legales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses. Así mismo, en materia fiscal, el servidor que haya actuado con dolo o culpa grave o leve en la adjudicación de un contrato, se hará acreedor a la atribución de responsabilidad fiscal, si como consecuencia de ello el Estado es condenado a pagarle al titular de la oferta mas favorable que oficia como demandante, una indemnización de los perjuicios concretados en el daño que le produjo la no adjudicación del contrato teniendo derecho a ello.

Debe tenerse en cuenta la responsabilidad penal, fiscal, disciplinaria y contencioso

administrativa de los contratistas de consultoría en especial los interventores, supervisores y diseñadores y demás responsables de los estudios técnicos y de los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; toda vez que las entidades públicas, los contratan con la responsabilidad de entregar unos productos específicos, dictámenes, conceptos, diseños en razón a su experiencia, oferta y la naturaleza del proyecto que va a implementar la administración pública, y en razón a ello establece unos honorarios a título de precio y valor del contrato. Los productos entregados a la entidad pública por los contratistas consultores y asesores, debidamente avalados por los interventores, son acogidos por la entidad pública y en virtud de ellos, licitado, contratado y ejecutado el proyecto en desarrollo del principio de confianza con que la administración recibe del consultor, asesor e interventor y supervisor el respectivo producto, ya que además éstos contratistas ejercen frente a la administración la posición de garante en la entrega y aval que le da a los productos.

De allí, que cualquier inconsistencia o irregularidad en la contratación y ejecución del proyecto, cuya causa eficiente sea los productos de diseños, conceptos y demás, los órganos de control penal, fiscal, disciplinario y contencioso administrativo deben vincular necesariamente a los contratistas consultores, interventores y supervisores de ellos mismos, y los contratistas de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, pues no es conforme a la justicia y el derecho que sean contratados dado su experticia, y su remuneración sea teniendo en cuenta la calidad, magnitud y naturaleza del proyecto, y no sean llamados a responder por las acciones, omisiones, y el daño antijurídico que ocasionen por las inconsistencias o insuficiencia de los productos entregados, pues debe tenerse en cuenta que existe aplicación del principio de confianza de la administración en relación a sus consultores y asesores, no para trasladar la

responsabilidad de la administración en el consultor y asesor, sino para compartirla, esto es, que responde en la misma dimensión tanto el servidor público que acoge el producto como el contratista consultor o de prestación de servicios, que elabora el producto en cuestión, ya que el contratista para efectos penales se equipara al servidor público para que se le juzgue con la misma tarifa de penas.

Así mismo, la posición de garante, implica que el producto recibido por la administración de parte del consultor o contratista de prestación de servicios, tiene la garantía de calidad, frente a la cual la administración no puede cuestionar ni dudar, y la posición de garante implica que el experto le garantiza a la administración la suficiencia y calidad para que el producto sea utilizado en desarrollo de la gestión fiscal de la administración, es decir, para que con fundamento en ella se pueda celebrar un contrato estatal.

2. Fronteras entre las sanciones disciplinarias, penales y fiscales derivadas del juzgamiento de los contratos estatales y las sanciones administrativas contractuales por incumplimiento: *nom bis in ídem sustancial*.

El derecho fundamental al debido proceso *-nom bis in ídem procesal-* como lo señalamos anteriormente, no sólo contiene la garantía de que a una persona no se le pueden adelantar dos procesos por la misma conducta dentro de un mismo régimen de responsabilidad, vale decir, dos o más procesos disciplinarios por la misma falta, dos o mas procesos penales por el mismo delito, o dos o mas procesos de responsabilidad fiscal por el mismo daño que haya causado detrimento patrimonial debidamente cuantificado. De existir estas actuaciones, debe procederse

a su acumulación, teniendo en cuenta el primero que se inició, el estado en que se encuentren, de tal manera que se acumule al proceso que más garantías y oportunidad de defensa ofrezca al procesado. Por tratarse de procesos en curso y sobre conductas o hallazgos que tienen el carácter de presuntos, que es el punto fundamental de donde se soporta todo régimen de responsabilidad ya disciplinaria penal, fiscal o contenciosa administrativa, hemos atribuido a esta la denominación del principio del *nom bis in ídem* procesal.

El principio del *nom bis in ídem* sustancial también emana del derecho fundamental al debido proceso de naturaleza constitucional, que también garantiza que, de imponerse dos sanciones iguales o distintas en diferentes procesos dentro de un mismo régimen de responsabilidad, vale decir, en dos o mas procesos disciplinarios, penales, fiscales o contencioso administrativo, el funcionario competente de su ejecución tan pronto como conozca la situación por cualquier medio, debe proceder a suspender las actuaciones disciplinarias tendientes a garantizar el *nom bis in ídem* sustancial en materia de sanciones, esto es que debe verificar cuál fue la primera providencia sancionatoria que quedó ejecutoriada, teniendo en cuenta además la sanción mas favorable al implicado debiendo prevalecer esta última.

Desde luego, el funcionario encargado de ejecutar las sanciones, debe tomar estas medidas de manera provisional, mientras el funcionario competente procede a tomar las decisiones de fondo produciendo en materia disciplinaria, o fiscal la revocatoria directa de las actuaciones disciplinarias o fiscales de las decisiones contrarias al principio del *nom bis in ídem sustancial*, o el juez de tutela como medida transitoria proceda a suspender las decisiones que a su juicio vulneran este principio, cuyo contenido y alcance es el de un derecho fundamental de primera

generación. En materia penal, igualmente el juez de ejecución de penas deberá tomar medidas provisionales, mientras se pronuncia el juez de tutela, o se resuelven los recursos de apelación, casación o extraordinario de revisión, de tal manera que mientras se toman las medidas en derecho, no se afecte el núcleo esencial del derecho fundamental constitucional protegido, cuyo titular es el afectado.

El restablecimiento del *nom bis in ídem* procesal, se hace a través de la acumulación de procesos, cuando ninguno de ellos se ha fallado y el del *nom bis in ídem* sustancial se hace con el archivo o terminación de los procesos, cuando uno de ellos se ha fallado en forma definitiva y la providencia se encuentra ejecutoriada haciendo tránsito a cosa juzgada. Pero si existen varios fallos por la misma conducta debidamente ejecutoriada, se procederá a revocar directamente todos los fallos que le sigan al primero que quedó ejecutoriada, o a la espera que el juez de tutela suspenda los efectos de los múltiples fallos, mientras el juez contencioso administrativo anula las decisiones contrarias a derecho.

Así mismo, podemos establecer que dado el carácter y la naturaleza de los bienes e intereses jurídicos protegidos en el derecho disciplinario, penal y fiscal, se observa que cada una de las acciones, cuya titularidad radica en cabeza del Estado, son diferentes, lo cual quiere señalar que si bien entre ellas existen puntos de encuentro, como es la conducta para el caso del derecho penal y el disciplinario, el daño patrimonial para la responsabilidad fiscal, los fines que persiguen las sanciones o condenas a imponer en cada uno de ellos, son distintas, lo que hace que por una misma actuación o conducta se puedan imponer sanciones disciplinarias, penales o fiscales y administrativas contractuales, sin que por ello se vulnere el principio del *nom bis in*

ídem sustancial como tampoco procesal.

Es así como en el evento en que se suscriba un contrato estatal de obra por el sistema de concesión con precios sobre-facturados, es decir, por encima de los precios del mercado, con una persona natural con una inhabilidad vigente, el contratista no sólo incumple el objeto del contrato al no construir las cantidades de obra requeridas, sino que también destina el valor del anticipo recibido para un fin distinto al previsto en el contrato. En este evento en materia disciplinaria, es responsable disciplinariamente el servidor público por haber suscrito contrato con persona incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad, así como por haber suscrito contrato por precios unitarios por encima de los previstos en el mercado.

Pero igualmente, será responsable penalmente por haber suscrito contrato con violación al régimen de inhabilidades, e incompatibilidades constitucionales y legales, en concurso con el delito de suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales. De otra parte, podrá ser responsable fiscalmente por no haber exigido al contratista el manejo conjunto del anticipo mediante una cuenta abierta a nombre del interventor y el contratista y la póliza de garantía para amparar el valor del anticipo.

El contratista por su parte, responderá penal y fiscalmente. De una parte por el delito de celebración indebida de contratos estatales con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y por el manejo indebido del anticipo responde fiscalmente. La responsabilidad fiscal se extiende al interventor en el grado de omisión al no evitar el uso indebido del anticipo; y disciplinariamente responde por falta gravísima como particular y

penalmente podría estar comprometido en el grado de coautor o copartícipe del hecho punible. Así mismo, se observa que además de las sanciones penales, disciplinarias, hay lugar a otras sanciones administrativas de orden contractual, por incumplimiento de las estipulaciones previstas en el contrato estatal, que pueden coexistir, o que se pueden imponer simultáneamente con la disciplinaria y penal, por conductas o comportamientos contractuales. Habíamos señalado que estas son las medidas de carácter sancionatorio, ya que en materia de responsabilidad fiscal las condenas tienen carácter resarcitorio y no condenatorio; es decir, lo que persigue es resarcir el daño producido al Estado.

Entonces, es necesario anotar, que si bien el fallo de responsabilidad fiscal, es en sí mismo resarcitorio, tiene consecuencias frente al ejercicio de las funciones públicas, ya que constituye un impedimento o inhabilidad para acceder a ella, y el artículo 38, numeral 4, parágrafo 1º señala que constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos a partir de la ejecutoria del fallo *“Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuara siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a cincuenta sin exceder de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de cincuenta, y por tres años si la cuantía fuere igual*

o inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes”. De la misma manera, el fallo con responsabilidad fiscal, constituye causal de declaración de caducidad administrativa de los contratos estatales que tenga vigentes el condenado.

Frente a lo anterior, podríamos hacer una crítica a las condiciones que estableció el legislador para la existencia de la inhabilidad para acceder a la función pública, es que si el condenado fiscalmente paga el valor del daño patrimonial causado al Estado, se enerva la inhabilidad. La crítica consiste en que las inhabilidades e incompatibilidades, son previstas por el constituyente y el legislador con un fin moralizador, cuya descripción típica no debe ser enervada por actuación alguna de la persona incurso en ella, pues de ser así una persona está inhabilitada o no de acuerdo a su voluntad, en tanto si paga supera la inhabilidad y mientras permanezca en mora se encuentra inhabilitado.

En estas circunstancias, sería rentable para los funcionarios ineficientes o corruptos en tanto si incurre en conductas o comportamientos que dan lugar a detrimentos patrimoniales, como consecuencia de ello el órgano de control fiscal lo condena, sólo pagando desaparece jurídicamente la causal de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, como si la legalidad fuera posible negociarla. Al respecto, debo manifestar que esta crítica fuera razonable en el evento en que tales actuaciones o comportamientos en el ejercicio del control fiscal sólo dieran lugar a procesos de responsabilidad fiscal, evento en el cual estaría bien fundada, pero resulta que tales actuaciones, constituyen conductas que pueden estar tipificadas como faltas disciplinarias o delitos, evento en el cual, el derecho penal le impone la sanción correspondiente, con las debidas sanciones accesorias, tales como las multas o la interdicción

para el ejercicio de funciones públicas; así como el juez disciplinario que igualmente impone las sanciones a que haya lugar, con la imposición de la inhabilidad que corresponda, evento en los cuales estas sanciones no pueden ser enervadas de manera distinta a su efectiva ejecución o cumplimiento, salvo que se produzca su revocatoria directa en los eventos en que proceda o que el juez competente declare la nulidad del acto administrativo que así lo imponga, o que prospere el recurso extraordinario de súplica ante el Consejo de Estado o el de revisión ante la justicia ordinaria.

Así las cosas, el pago de la condena fiscal elimina de un solo tajo la causal de inhabilidad, sólo en los eventos en que las conductas que dieron lugar al fallo, no constituyan delitos o faltas disciplinarias en las que no traiga como consecuencia la imposición de la inhabilidad, y en este evento si el régimen sancionatorio no las prevé, es porque considera que los bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, no requieren como mecanismo de protección que se inhabilite la persona para el ejercicio de la función pública, en este caso el no pago de la cuantificación del daño fijado en el fallo con responsabilidad fiscal, constituye sólo una inhabilidad excepcional como mecanismo de prevención que establece el legislador, para que quien no esté dispuesto a responderle al Estado por los daños que le ocasione en ejercicio de la gestión fiscal, no merece volver a ella, al menos por el tiempo establecido en la norma en comento.

Como se había señalado anteriormente existen otras sanciones administrativas de carácter contractual cuyo fundamento lo encontramos en el mismo contrato estatal, que pueden coexistir tanto con una actuación como una sanción de carácter disciplinario, penal y fiscal. Se trata de facultades que tiene la administración contratante, para imponer sanciones al contratista

por incumplimiento de las estipulaciones contractuales, como las siguientes: a) El artículo 8, numeral 1, literal e) de la Ley 80 de 1993, dispuso como causal de inhabilidad para participar en licitaciones o concursos públicos y para celebrar contratos con las entidades estatales, a quienes sin justa causa se abstuvieron de suscribir un contrato adjudicado.

En ocasiones, ocurre que por muchas circunstancias ajenas o no a los sujetos contractuales, una vez se le adjudica el contrato, el beneficiario le manifiesta a la administración su interés en no suscribir el contrato, o simplemente no concurre a suscribirlo guardando silencio. En tales eventos, la administración en los pliegos de condiciones o términos de referencia, establece el término para suscribir el contrato una vez se adjudicó, si vencido este término no se suscribe el contrato, la administración debe hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta aportada con la propuesta, y debe adjudicarlo al oferente que le sigue en orden de elegibilidad si su oferta es igualmente favorable.

En el evento en que el adjudicatario que no suscribió el contrato sea el único oferente, o porque existiendo otros, las demás propuestas no fueran igualmente favorables, la administración deberá declarar desierta la licitación o concurso público y proceder a adelantar otro proceso selectivo, teniendo en cuenta que si el objeto del contrato se requiere con cierta inmediatez, previa declaración de urgencia manifiesta se procede a contratar con otro sujeto contractual, pero si no se dan los presupuestos para la declaración de urgencia manifiesta, la administración puede tomar la decisión de volver a ordenar la apertura de la licitación.

Pero la administración contratante con el fin de garantizar el debido proceso, debe adelantar una actuación administrativa, en la que le solicita al adjudicatario incumplido -requerimiento de explicaciones-, que sustente las razones por las cuales no suscribió el contrato adjudicado, evento en el cual una vez se produzcan los descargos, ya sea porque lo manifestó expresamente o porque guardó silencio, la administración evalúa la justificación suministrada, y en el evento en que la razón constituya justa causa, en el acto administrativo donde resuelva la actuación así lo declara, hace efectiva la garantía de seriedad de la oferta y procede a adjudicarle al otro oferente si su propuesta es igualmente favorable, o procede a adelantar otro proceso selectivo; pero en el evento en que se establezca que las razones no constituyen justa causa, la administración procederá a declararlo así, y a imponer la inhabilidad para participar en licitaciones o concursos públicos para celebrar contratos con las entidades estatales, es decir, cinco años. La mencionada inhabilidad se registra tanto para personas naturales como para personas jurídicas en el registro de proponentes de la cámara de comercio del domicilio del contratista, en el registro de sanciones que lleva la PGN, previsto en el artículo 174 de la Ley 743 de 2002- SIRI-.

De otra parte, si al contratista se le declara la caducidad administrativa del contrato estatal, conforme al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, por incumplimiento de las obligaciones que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la Entidad por medio de acto administrativo motivado, lo dará por terminado y le impondrá la inhabilidad para participar en licitaciones o concursos de mérito y selección abreviada y para suscribir contratos con el Estado por el término de cinco años.

Igualmente, las Cámaras de Comercio a solicitud de las entidades públicas o de cualquier particular pueden adelantar, con la garantía del debido proceso, actuaciones administrativas tendientes a establecer si una persona natural o jurídica se inscribió en el registro de proponentes de mala fe, suministrando documentos o información falsa. En este caso, si se comprueba tal circunstancia la Cámara de Comercio respectiva, ordenará la cancelación de la inscripción en el registro de proponentes y le impondrá como sanción la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de diez años conforme al artículo 22, numeral 6 de la Ley 80 de 1993; sanción que deberá registrarse además en la PGN.

Por último, conforme al artículo 22, numeral 1º del ECE, las entidades públicas contratantes, en los eventos en que pacten las cláusulas de multas y se las impongan dentro de los plazos establecidos a los contratistas como consecuencia de incumplimientos parciales del contrato, deberá igualmente registrarse en la Cámara de Comercio respectiva, en tanto ello constituyen antecedentes que deben conocer de los oferentes los futuros contratantes públicos, evento en las cuales los factores de evaluación pueden establecer puntajes adicionales a quienes no hayan sido objeto de imposición de multas.

De conformidad con el artículo 58 del ECE, se observa que los sujetos de contratación estatal se harán acreedores como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política así: A la declaratoria de responsabilidad civil por parte de los jueces civiles o contencioso administrativo, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente; así mismo en el evento en que el juez disciplinario

establezca la existencia de la falta disciplinaria, la sanción a imponer es la de destitución, con inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de diez a veinte años; si el disciplinado es un particular sujeto de este régimen de responsabilidad, la sanción a imponer consiste en multa de diez a cien salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado y suscribir contratos con éste de uno a veinte años.

En los eventos en que el juez competente, declare responsable en materia civil o penal, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos y los particulares quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos, para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia, siempre que la providencia la imponga expresamente. En este caso, considero que la sola sentencia con la constancia de ejecutoria, no constituye la causal de inhabilidad, en tanto el artículo 59 de la misma Ley 80 de 1993, prevé que las autoridades competentes en providencia motivada en las que precisarán los hechos que la generen, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y a los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria, deberán imponer las sanciones correspondientes, esto es el juez civil, el contencioso administrativo o el penal, y deberá imponer el término de inhabilidad.

Así mismo, si la persona natural es la condenada en materia penal o civil, será a ella quien se le aplique la inhabilidad a la que hacemos referencia, como impedimento para contratar con el Estado, pero si la condena es penal contra el representante legal de una persona jurídica o se dicta contra ella medida de aseguramiento por acciones u omisiones delictuales en relación con

su actividad contractual, la persona jurídica quedará inhabilitada para participar en procesos selectivos estatales y para suscribir contratos públicos por el lapso que dure la medida, si ya se produjo condena, la inhabilidad se le aplica a la persona jurídica para suscribir contratos con el Estado hasta por diez años, sanción que deberá imponer el juez en la sentencia, sin que se enerve la inhabilidad con la separación de la persona condenada del cargo de representante legal de la persona jurídica contratista.

Las sanciones disciplinarias, conforme al artículo 16 del CDU, tienen función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que deben observar en el ejercicio de la función pública. Así, encontramos que la función preventiva se efectiviza, en tanto al imponer una sanción esta se constituye en ejemplarizante para toda la comunidad, para todos los servidores públicos y para los particulares, debido a que pretende evitar futuras comisiones de las mismas faltas disciplinaria, porque de lo contrario se enfrenta con la amenaza del Estado de imponer sanciones disciplinarias mas graves, por aquello de los antecedentes que constituyen la existencia de sanciones disciplinarias aunque ya se hayan ejecutado y no se encuentren vigentes. Correctiva, en tanto cumple con la función represiva del Estado, que a toda costa quiere garantizar el cumplimiento de los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado, artículo 2º Ibídem, las finalidades inherentes al Estado, artículo 365 constitucionales; así como la protección a la finalidad perseguida con el manejo de la hacienda pública, el presupuesto público, el medio ambientes, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la contratación estatal.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

Desde la perspectiva constitucional y legal, observamos que la responsabilidad disciplinaria en relación a faltas contractuales, es distinta y sin perjuicio de las acciones penales, fiscales y contenciosa administrativas, cuando se trata de una misma conducta o comportamiento contractual.

De allí que sobre un mismo hecho o comportamiento humanos, se puede activar la acción penal estatal, la acción disciplinaria, la acción fiscal y las acciones contenciosa administrativa, puesto que cada una protege bienes e intereses jurídicos distintos, y dentro del Estado constitucional, social, democrático y participativo de derecho busca realizaciones, objetivos y finalidades distintas.

De allí, que no se incurre en violación al principio del nom bis in ídem, cuando se adelantan sendas investigaciones y procesos por la misma conducta, pero bajo distintos regímenes de responsabilidad. Pero cuando se adelantan dos o mas investigaciones o procesos por los mismos hechos y contra las mismas personas, lo que procede es la acumulación de los procesos o diligencias, sopena de incurrir en vulneración al principio de nom bis in ídem procesal.

Pero es posible que se adelanten dos o mas procesos por los mismos hechos, y en ambos o en uno de ellos ya se produjo sanción disciplinaria debidamente ejecutoriada por los mismos hechos y contra las mismas personas. Desde luego, aquí opera el principio del nom bis in ídem sustancial, porque ya no se trata de procesos, sino de sanciones debidamente ejecutoriadas.

En este caso, se debe restablecer el derecho, a través de mecanismos que van desde la acción de tutela, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho o la revocatoria directa del acto administrativo disciplinario o fiscal, según el caso.

En relación a los antecedentes penales, fiscales y disciplinarios debo señalar que cuando por un mismo hecho se adelanta un proceso penal y disciplinario, la primera decisión de las dos que quede ejecutoriada, no es antecedente para el juzgamiento de la otra, esto es que si el fallo penal juzga por el delito de celebración de contratos sin el lleno de requisitos esenciales, y luego viene la decisión disciplinaria de los mismos hechos, debe precisarse que los antecedentes penales que afecten lo disciplinario y viceversa tiene que ser por hechos distintos, a los que dieron lugar a la adecuación penal y disciplinaria.

CAPÍTULO TERCERO

ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR LA

COMISIÓN DE UNA CONDUCTA DESCRITA COMO FALTA DISCIPLINARIA

DE NATURALEZA CONTRACTUAL

Las conductas descritas en los tipos disciplinarios contenido en el Código Disciplinario Único – CDU-, lo son a título de dolo o culpa, su modalidad de actuación está prevista como falta disciplinaria por acción u omisión. Cuando esta conducta tiene ocurrencia en la gestión contractual del Estado o con ocasión de ésta, encontramos que el CDU tipifica en el artículo 48 como faltas disciplinarias gravísimas, cuya sanción a imponer es para los servidores públicos la destitución del cargo con inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de diez a veinte años, para los eventos en que esta se haya cometido con dolo o en el grado de culpa gravísima, pues si la conducta está descrita como falta disciplinaria gravísima, pero se incurrió en ella con culpa grave, la sanción a imponer será la de suspensión en ejercicio del cargo sin remuneración entre uno y doce meses, acompañada de inhabilidad para el ejercicio del cargo por el mismo término.

Si el término de suspensión en el ejercicio del cargo que se le impuso al sancionado coincide con el término de la inhabilidad, tanto la primera como la segunda se extingue cuando haya transcurrido ese lapso, el servidor público se reintegra al cargo tan pronto como se haya vencido; el otro escenario se presenta si el término de suspensión es superior al de la inhabilidad, evento en el cual una vez se haya vencido la inhabilidad, el funcionario no puede regresar al ejercicio del cargo hasta tanto no se cumpla el término de la suspensión; el último

escenario se presenta si el término de suspensión es inferior al de la inhabilidad impuesta, escenario en el cual una vez vencida la primera, el servidor público sancionado regresa al cargo y el término de inhabilidad que le quedara por cumplir no le impide retomar el cargo, en cambio si le impide tomar posesión de otros cargos, mientras la inhabilidad persista. Si la falta disciplinaria gravísima fuere cometida a título de culpa leve, para efectos de establecer la culpabilidad y con ella la responsabilidad disciplinaria, se juzgará conforme a las faltas graves o leves cometidas con culpa leve, es decir, dan lugar a la absolución por ausencia de culpabilidad.

Los particulares como sujetos del derecho disciplinario, de conformidad con el artículo 55 del CDU, sólo responden por faltas disciplinarias gravísimas de acuerdo a las descripciones típicas disciplinarias allí previstas. Con lo anterior, quiero dejar en evidencia, que en principio podemos afirmar que todas las faltas disciplinarias cuya conducta descrita sea de naturaleza contractual, conforme al artículo 48 y 55 del CDU, están clasificadas como faltas disciplinarias gravísimas, salvo en el evento en que la conducta se cometa con culpa grave -caso en el cual se considera falta grave-, o la conducta no este descrita en las normas anteriores como gravísima y se encuentre en los artículos 34 y 35 del CDU, como deberes o prohibiciones para los servidores públicos y esta no tenga relación directa con la actividad contractual, sino una relación indirecta con ocasión de las distintas etapas o fases del contrato, evento en el cual la falta puede ser calificada como leve o grave, conforme al artículo 43 ibídem. A manera de ejemplo, cuando un funcionario de la Oficina Jurídica de la Entidad contratista del nivel técnico, administrativo u operativo teniendo el deber de entregar el documento que aprueba las garantías, el recibo de pago de la publicación del contrato o el encargado de hacer el registro

presupuestal no lo hace, o no entrega los documentos en forma oportuna al jefe del organismo y a causa de ello no se ha dado inicio a la ejecución del contrato estatal, siempre que con ella no se afecte el patrimonio público y la conducta no esté descrita en el artículo 48 del CDU.

Así las cosas, encontramos que para poder establecer un juicio de responsabilidad disciplinaria cuando la falta está descrita como gravísima, grave o leve y la conducta ocurre en desarrollo de un contrato o con ocasión de este, se hace necesario que estudiemos no sólo su tipicidad - descripción típica-; sino también la antijuridicidad -su contrariedad con el derecho-; la culpabilidad -el reproche disciplinario-; sino también las formas de realización de la conducta -acción u omisión-; la participación de los sujetos disciplinarios -autoría, coautoría, participación subjetiva-; la forma de la culpabilidad -el dolo, culpa gravísima o grave-; la concurrencia de causales de agravación o atenuación en la gravedad o levedad de la falta, la dosimetría de la sanción, las causales de exclusión de responsabilidad, así como las causales de extinción de la acción disciplinaria.

Es por ello, que este capítulo se ocupará de estudiar estas categorías jurídicas propias del juicio disciplinario, entendiendo por ello, como el escenario en que el *ius puniendi* del Estado se ejerce a través de la acción disciplinaria, para garantizar la protección del interés jurídico de ese mismo Estado en la tipificación, juzgamiento y sanción del ilícito contractual, que es donde se cumple el fin de la dogmática disciplinaria; cual es el de solucionar problemas concretos en derecho, que le surgen al operador jurídico -juez disciplinario- en la aplicación del CDU y en el juzgamiento de las mencionadas conductas típicas.

1.- Formas de realización de la conducta contractual descrita como falta disciplinaria: autoría, coautoría participación subjetiva, interviniente y deber funcional.

La conducta o comportamiento contractual descrita en el tipo como falta disciplinaria, que da lugar a ejercitar la acción disciplinaria y a imponer la sanción, cuya titularidad está atribuida al Estado, tiene dos formas genéricas de realización, esto es, por vía de acción u omisión. Desde el punto de vista de la forma de actuar de los sujetos del derecho disciplinario, se dice que acción es entre otras, el ejercicio positivo de la posibilidad de hacer, el resultado de hacer, conjunto de actitudes, sucesión de acontecimientos, el efecto que causa el agente al realizar una conducta o asumir determinado comportamiento. Por su parte, la conducta por omisión, consiste en la facultad del sujeto de abstenerse de hacer o decir, es la falta por dejar de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado.

Por su parte, las conductas o comportamientos contractuales genéricamente clasificados como de acción u omisión cuyo núcleo esencial lo constituye el incumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en la Ley. Cuando se tiene el deber jurídico de actuar, abstenerse de hacerlo o de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a haberlo producido. Tales conductas, en especie, se encuentran precisadas en el artículo 84, 85, 86 y 87 del C. C. A., en tanto se exteriorizan en actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de

trabajos públicos, contratos estatales o por cualquier otra causa.

En Derecho Disciplinario, se puede afirmar, que el núcleo esencial de la descripción típica contenida en la falta disciplinaria es la conducta, pues así se desprende del artículo 92 constitucional que señala que *“cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la “conducta” de las autoridades públicas, así como también los artículos 6º, 29 y 90 Ibídem señalan que los servidores públicos son responsables por vía de acción y por omisión; que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al “acto” que se le imputa y el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la “acción o la omisión” de las autoridades públicas”*.

De otra parte, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público le corresponde *“la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones “públicas”*, más adelante el artículo 277 constitucional dispone que al Procurador General de la Nación le corresponde la *“vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”*. Como se puede observar, cuando el Código Disciplinario Único describe la conducta en los tipos disciplinarios, por vía de acción u omisión, está dándole desarrollo constitucional a las normas anteriormente citadas, en tanto quiso el constituyente que las acciones u omisiones, o extralimitación en el ejercicio de las funciones fueran reprochadas disciplinariamente, ya por haber incurrido en infracción a deberes o estar incurso en prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses.

El Profesor GÓMEZ PAVAJEAU, al respecto anotó que *“para la definición de lo que es constitutivo de falta disciplinaria simplemente da cuenta del incumplimiento de los deberes, concepto al cual se reconducen también, como ya se anotó, el incumplimiento de las prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses, como también el abuso y la extralimitación de los derechos y las funciones....por tanto lo que caracteriza la falta no es la acción o la omisión, sino la presencia de una conducta humana que infringe el deber”*. De allí, que el numeral 2º del artículo 34 del Código Disciplinario Único disponga que la conducta constitutiva de falta, esta en infringir el deber de *“abstenerse de cualquier acto u omisión”* descrito en la ley como conducta típicamente antijurídica.

La participación subjetiva exige la autoría o coautoría de la conducta descrita como falta disciplinaria por parte del sujeto del derecho disciplinario, a quien se le imputa el tipo, conforme a la exigencia constitucional para atribuir la responsabilidad disciplinaria, previo juicio de culpabilidad. De allí que cobra especial importancia en la contratación estatal, la forma como jueces disciplinarios pretenden juzgar a los servidores públicos por faltas disciplinarias derivadas de la actividad o gestión contractual del Estado cuando se presenta la institución de la delegación total o parcial, ya que si se tiene en cuenta el solo acto de delegación, su definición legal, doctrinaria y jurisprudencial podríamos incurrir en la atribución de responsabilidad objetiva, como es el caso de la comisión de la falta por omisión o de la culpa por asunción.

El ordenamiento constitucional que estatuye las garantías de las formas propias del juicio disciplinario, que ya no discute la humanidad, como son los derechos fundamentales y entre ellos el debido proceso, exige que debe probarse materialmente la existencia de la conducta descrita en el tipo disciplinario, la prueba de la comisión de la misma para imputársela al sujeto

activo de la falta, la ilicitud sustancial de la misma, la culpabilidad, por los medios probatorios previstos por el derecho disciplinario procesal.

No debe atribuirse la responsabilidad disciplinaria soslayando la prueba material y sustituirla por teorías foráneas, introducidas en nuestro medio como instrumento doctrinario para llenar los vacíos del derecho disciplinario, que por contener sanciones severas como son la inhabilidad permanente en los casos de los delitos contra el patrimonio público o la inhabilidad general de diez a veinte años para el ejercicio de funciones públicas, que es la vida laboral de una persona, necesariamente debe estar prevista por el legislador, como exigencia para la garantía de la seguridad jurídica que debe asegurar el proceso disciplinario.

En ocasiones se acude a la doctrina, a la teoría y a los principios generales del derecho cuando se esta frente a casos disciplinarios difíciles, no para encontrar instrumentos garantistas que le permitan al operador disciplinario fallar en justicia y en derecho, teniendo como límites el principio de legalidad de la falta y de la sanción, el principio de favorabilidad, la aplicación del beneficio de la duda y de los vacíos legislativos a favor del procesado; sino que se acude a la doctrina para encontrar las argumentaciones que soporten la atribución de una responsabilidad disciplinaria, que por voluntad del legislador o por defecto no se reguló. Si se quiere fallar en derecho necesariamente debe ser el legislador el que debe ocuparse del tema y no teorías científico- jurídicas extranjeras que podrán servir para realizar debates académicos en las facultades de derecho o en los foros sobre el tema, pero ellas jamás estarán por encima de las limitaciones que la Constitución y la ley tienen previstas para el derecho sancionatorio.

Existe una relación inescindible entre conducta, modalidad de conducta y autoría de la misma; hasta el punto de afirmar que sin sujeto ni conducta, no hay autoría, ya que esta última es necesaria para realizar el proceso de imputación que hace el juez disciplinario. Sólo si el sujeto del derecho disciplinario incurre en una conducta por vía de acción u omisión y existe la correspondiente prueba, podemos afirmar que existe autor de la conducta. El autor de la conducta y por ende el destinatario de la responsabilidad disciplinaria, es la persona natural imputable quien materialmente ha realizado la conducta, descubriendo otros elementos comunicadores que hace relación a la autoría individual o colectiva de la misma.

En el primer caso, la autoría es individual, cuando la conducta instantánea o consecutiva la ha cometido una sola persona natural y a este es a quien debe imputársele la autoría de la conducta, por ende la comisión de una falta disciplinaria; en el segundo caso, ocurre que una persona para realizar una conducta típica, dada su complejidad requiere de la ayuda o colaboración de otro sujeto del derecho disciplinario ya sea de ocurrencia instantánea o consecutiva.

Así, todas las personas que participan o intervienen con mayor o menor grado en la realización de la conducta son coautores de la misma en la medida en que realizaron actuaciones igualmente determinantes para la realización de la conducta; por ende el juez disciplinario les va a atribuir responsabilidad disciplinaria, pero la conducta de cada persona la analiza de acuerdo a las circunstancias de levedad o agravación, ya que la responsabilidad disciplinaria es subjetiva, personal e individual, conforme al artículo 43 del Código Disciplinario Único, dado el grado de culpabilidad de cada uno en la realización de la conducta y de la falta disciplinaria;

la naturaleza esencial del servicio, el grado de perturbación del servicio que presta la entidad en la que se cometió la falta. Puede ocurrir que los distintos coautores presten sus servicios en distintas entidades públicas; la jerarquía y mando que tenga el servidor público en la misma, ya que un coautor puede ser el jefe del organismo, el otro coautor puede ser un inferior suyo del nivel profesional, técnico o administrativo; así como la trascendencia social de la falta y el perjuicio causado, ya que existen faltas que con su ocurrencia afectan la credibilidad y confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

Por su parte, dada la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria, se puede afirmar que en derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, sólo existe autor y coautor de la conducta, así como la existencia de falta disciplinaria en el grado de comisión, negando la posibilidad de la existencia de la tentativa, el encubrimiento y el cómplice. En este escenario, por lo general la descripción de la conducta tiene que efectivamente realizarse sin importar el resultado, salvo casos excepcionales en donde el tipo lo exige, tal como cuando la falta disciplinaria lo es porque en virtud del numeral 1º del artículo 48 del Código Disciplinario Único, la conducta está descrita en el Código Penal como un delito a título de dolo, como los delitos contra el patrimonio público, contra la fe pública, la administración pública y de justicia o como los delitos de celebración indebida de contratos, ya que exige el resultado de la conducta; aunque existen otros tipos disciplinarios descritos en el Código Disciplinario Único que exigen el resultado para entender que se incurrió en la falta, tales como cuando se exige la suscripción de un contrato, o haber actuado a sabiendas de la existencia de una causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses.

Así las cosas, en derecho penal cuando se realiza la conducta pero esta no produce un resultado, pero se agotó todo lo que se requería para que se produjere, el juez imputa el delito a título de tentativa. En derecho disciplinario, eso no es posible porque la mera intención de realizarla, sólo hace parte de los actos preparatorios, que de no realizar la conducta, no hay lugar a imputarse falta alguna y menos responsabilidad disciplinaria, a menos que los actos preparatorios estén descritos como faltas disciplinarias autónomas. En el caso de la contratación estatal por ejemplo, si los actos preparatorios era la celebración de un contrato sin el lleno de los requisitos esenciales, si no se adjudicó y suscribió el contrato, no existe la falta, así lo único que falte sea la notificación del acto que adjudica o la firma del contrato estatal.

La única posibilidad de que sea atribuida responsabilidad disciplinaria por los actos preparatorios, será para el servidor público que incurrió en vulneración del deber funcional de elaborar los documentos, requisitos sustanciales, contenido de los mismos, así como quien tiene el deber de revisar la correspondiente lista de chequeo de existencia formal de los requisitos esenciales de los contratos estatales sin que deba responder por su contenido, conforme a sus competencias específicas y no genéricas, antes de pasarlo al competente para la firma. Desde luego habrá que demostrar el grado de participación de los funcionarios que intervinieron, o los empleados de otras dependencias que tengan alguna función respecto de la gestión contractual de la Entidad, porque en razón al grado de culpabilidad y de participación en la conducta, puede existir o una coautoría, o una autoría entre quienes participaron en la elaboración de cada uno de los requisitos previos en el evento en que estos sean insuficientes. En este caso si no se suscribió el contrato la falta no puede ser la gravísima prevista en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, sino puede ser una leve o grave de las previstas en

el numeral 1º del artículo 34 Ibídem, que lo hace incurso en el deber de cumplir la Constitución, la ley, los reglamentos y el manual de funciones. Pero si no existe la falta autónoma, con la descripción de los actos preparatorios, la conducta es atípicamente disciplinaria.

Tampoco existe en derecho disciplinario la complicidad, ya que las conductas en que incurre un sujeto activo como colaboración mas o menos importante para la realización de una falta disciplinaria, lo hace incurso de manera directa en ella, ya que tal colaboración o ayuda del sujeto de derecho disciplinario, teniendo conocimiento de la infracción que pretende cometer quien la ha planeado, lo coloca igualmente en la infracción al deber y se califica como coautor, pues su grado de colaboración de manera autónoma está descrita como falta disciplinaria en el grado de autor o coautor.

Debe tenerse en cuenta, la participación de cada servidor público o sujeto del derecho disciplinario entre su deber funcional y la conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, en la medida en que las actuaciones contractuales para su realización requieren de actos preparatorios, en donde unos elaboran los documentos, hacen los estudios, las justificaciones, revisiones, y otros suscriben los actos. Aquí debe operar el principio de confianza, en tanto en virtud de las competencias atribuidas a cada área funcional y servidor público en razón de su empleo, y de su perfil, y dada la relación de sujeción existente entre la Entidad pública y los servidores públicos que actúan en su nombre, cada uno habrá de responder por sus actuaciones sin que haya posibilidad que por el error, equivocación o aval que de un servidor público a un estudio, requisito especializado, contenido técnico, científico,

tecnológico, pueda terminar respondiendo disciplinariamente, aquellos servidores públicos que dado los presupuestos de hecho contenidos en las normas jurídicas , le asigna las consecuencia jurídica prevista en ella, es decir simplemente da el aval jurídico respectivo y toma la decisión correspondiente.

Existen eventos en donde la decisión no depende de la existencia, de ciertos requisitos o presupuestos jurídicos para tomar una decisión, tal como en el evento en que la Administración toma decisiones contractuales por razones de conveniencia de la administración, evento en el cual esas razones de conveniencia no solo deben tener sustento jurídico, sino de valores agregados, de solución a los problemas, de eficiencia, eficacia etc.

2. Formas de culpabilidad disciplinaria del sujeto contractual y concurrencia de causales de agravación o atenuación en la calificación y en la sanción de la falta disciplinaria.

El otro elemento o categoría jurídica de la falta disciplinaria además de la tipicidad y de la antijuridicidad, es la culpabilidad. Esta última consiste en que la conducta constitutiva de falta disciplinaria sólo es sancionable a título de dolo o culpa. De allí que para declarar la responsabilidad disciplinaria, es necesario establecer el nexo psicológico entre el autor o coautor y la conducta, así como la posición que asume este frente al deber, la exigibilidad o no de otra conducta, el conocimiento de la ilicitud de la misma, en el caso del dolo; la observancia del cuidado necesario en el cumplimiento de sus deberes funcionales en el evento de la modalidad de conducta culposa.

3. Causales de agravación o atenuación en la calificación y en la sanción de la falta gravísima.

El dolo y la culpa, son elementos de la imputación subjetiva en materia penal, que no pueden tener en derecho disciplinario la misma cabida, pues en derecho penal es lo que estructura el injusto a partir del resultado, mientras que en el derecho disciplinario la falta se estructura a partir de la infracción al deber, y la antijuridicidad material no está determinada por el resultado sino por el hecho mismo de la infracción al deber sin justificación alguna, predicándose el conocimiento actual de la conducta que realiza, así como la afectación al correcto y adecuado funcionamiento de la administración pública, de tal manera que con su acción u omisión se produzca la infracción deber -ilicitud sustancial-, predicándose el conocimiento más que de la conducta, del deber funcional que es la descripción de la conducta que está obligado el actor a realizar o de abstenerse de hacerlo. Este conocimiento en primer lugar surge a partir del acto de posesión o de suscripción del contrato de trabajo para los servidores públicos o trabajadores oficiales, o de la suscripción del convenio o contrato administrativo para los interventores o para los particulares previstos en el artículo 53 del CDU y la Ley 489 de 1998, modificado por la ley 1474 de 2011.

Todas las faltas disciplinarias, son dolosas si existe el conocimiento del deber exigido en la norma jurídica, pero también puede ser culposa si se presenta por negligencia, impericia, imprudencia, violación a reglamentos, cuando no existe voluntad en la realización de la conducta, pero se prueba que no hizo nada para evitarla. Así, podemos afirmar que por norma

general todas las faltas disciplinarias son dolosas, aunque de acuerdo al grado de conocimiento o falta de cuidado que se pruebe puede ser a título de dolo o culpa. Aunque existen eventos excepcionales en que por disposición legal existen faltas exclusivamente culposas o sólo dolosas.

Las faltas culposas se presentan cuando la infracción al deber se cometió sin el conocimiento actual por parte del sujeto activo, teniendo el deber de conocerlo. La negligencia como modalidad de la culpa, consiste en que el funcionario teniendo el deber de conocer su ámbito de competencia, su deber funcional, teniendo el deber de hacerlo, no lo hizo. Luego bastaba con estudiar la norma que regulaba sus deberes funcionales para conocerlo, en este caso la falta de cuidado lo conduce a actuar sin conocer el deber en el momento que estaba infringiéndolo. La imprudencia, también es otra modalidad de culpa, que conduce al agente a incurrir en una falta disciplinaria, por desconocer o inobservar los reglamentos produciendo una conducta previsible y por tanto evitable.

La impericia por su parte es la realización de la conducta por parte de un agente que no tenía la especialidad técnica ni la formación y experiencia para realizar una actuación; y dada su escasa habilidad, formación o inexperiencia termina incurriendo en una conducta, que de haber sido experto no había cometido, evento en el cual se presenta la culpa por asunción, teniendo en cuenta que la persona actúa no teniendo el deber de hacerlo, porque el ordenamiento jurídico no puede exigir una conducta imposible, es decir, a quien no tiene las habilidades técnicas o profesionales para exigirle un deber.

Pero si la conducta omisiva de un funcionario que está a cargo del jefe de una oficina, hace que no se produzca una actuación porque este no le dio traslado al competente para producirla, el responsable es quien recibe los documentos y omite el deber de informar a su jefe, no este último; ya que él no puede tener el control inmediato de toda la documentación que entre a la oficina, incurriendo en ella si se le prueba que tenía conocimiento de la existencia de la actuación administrativa, o si debiendo tomar controles para que se reparta la documentación que se recepciona no lo hace.

La Corte Constitucional, precisó que en derecho disciplinario, el legislador no tiene que señalar para cada falta el título doloso o culposo con el que procede como lo hace en derecho penal, pues en derecho disciplinario *“La circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles. Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.”*

Como ingrediente para la realización del juicio disciplinario, es necesario precisar que los criterios para determinar la gravedad o la levedad de la falta, conforme al artículo 43 del Código Disciplinario Único; son útiles para calificar en forma provisional o definitiva la falta, esto es, para que se establezca si la infracción al deber o la incursión en una prohibición es falta leve o grave -artículo 34 y 35 del Ibídem-. Por su parte, a las faltas disciplinarias gravísimas al encontrarse descritas en el artículo 48 Ibídem de manera taxativa, no le son aplicables los criterios de levedad y gravedad para su calificación, pero le servirán al operador jurídico disciplinario, como parámetros dosimétricos sancionatorios para imponer el término de inhabilidad general para el ejercicio de la función pública y/o suscribir contratos con el Estado, dependiendo si el disciplinado es servidor público o particular sujeto del derecho disciplinario. Así el grado de culpabilidad, permite que al autor se le juzgue por una falta a título de dolo o culpa, en la modalidad de impericia, imprudencia o negligencia, pero también cuando existe coautoría es posible a que uno se le investigue por la misma falta a título de dolo y el otro por culpa, de ello depende tanto la sanción como el término de la inhabilidad a imponer.

La naturaleza esencial del servicio, hace relación al objeto social de la entidad pública que presta el servicio y frente a la cual el autor de la falta cometió la infracción al deber. Esto es, que si se trata de una Empresa Social del Estado -ESE-, como se le denomina a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 a las instituciones hospitalarias públicas, donde el sujeto disciplinario cometió la falta, dependiendo el área donde ocurrió la conducta de acuerdo a este criterio puede ser leve o grave, ya que si por ejemplo en la sala de neonatos los servidores públicos asistenciales, en vez de suministrarle a los recién nacidos colirio en los ojos, les aplican formol, produciendo la correspondiente afección o perturbación ya sea transitoria o

permanente en el órgano visual; o si ocurre la muerte de un paciente por negligencia, impericia o inobservancia o por falta del deber de cuidado en la sala de cuidados intensivos; la infracción al deber funcional afecta el núcleo o naturaleza esencial del servicio.

Si la conducta recae sobre el deber de velar porque los equipos informáticos haciéndoles el debido mantenimiento y como consecuencia de la omisión se alteró el funcionamiento de los computadores de la sección de estadísticas del hospital, si bien es falta disciplinaria porque afectó el funcionamiento administrativo del centro asistencial, mas no el servicio esencial que presta, salvo que esta conducta tenga relación directa con el servicio esencial afectándolo materialmente, en el evento que el sistema informativo contenga la historia clínica de los pacientes o el registro de los afiliados al sistema de seguridad social en salud, ya sea el contributivo o subsidiado.

Otro criterio para determinar la levedad o gravedad de la falta, o para establecer el quantum de la inhabilidad cuando la sanción es destitución o suspensión, o la cuantía de la multa a imponer, es el grado de perturbación del servicio, y ocurre cuando las entidades prestan servicios públicos de cualquier naturaleza, esto es, si la conducta afecta el servicio de urgencias del centro asistencial, el funcionamiento de la unidad de cuidados intensivos, los quirófanos; la prestación de los servicios de aseo, acueducto, alcantarillado, telecomunicaciones, televisión, energía, gas, en este caso se gradúa la falta y su sanción, teniendo en cuenta si la conducta perturbó la prestación de los mencionados servicios, con un criterio de afectación en alta, mediana o baja intensidad.

La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución, es otro criterio a establecer, en tanto para el superior jerárquico el reproche es mayor, no sólo por el ejemplo que debe darle a sus colaboradores, sino porque a los funcionarios superiores se les deposita mayores niveles de confianza que a los funcionarios de niveles inferiores. La trascendencia social de la falta y el perjuicio causado está determinado, no por los alcances periodísticos de la noticia, ni por la calificación o reiteración noticiosa que hagan los medios de comunicación, sino porque luego de un análisis objetivo que realice el operador jurídico disciplinario, concluya que la conducta produjo pérdida de confianza y credibilidad ciudadana frente a la institución pública; que produzca inseguridad en el usuario del servicio frente a su calidad, que sea evidente el perjuicio causado que no puede ser el que se le cause a una persona en particular, sino a un colectivo de personas, tales como la ocurrencia de una epidemia por la omisión de las autoridades de advertir a los turistas que tomen las medidas preventivas, tales como la aplicación de vacunas; la contaminación de un río que afecta a los ribereños etc.

Los móviles del comportamiento, así como el número de personas que intervienen en la comisión de la falta disciplinaria, ya sean servidores públicos o particulares, son criterios para establecer la levedad o gravedad de la falta, o la dosimetría de la sanción de inhabilidad en los casos de faltas gravísimas, porque si se incurrió en la falta existiendo colisión de deberes, es decir, cumplir uno implica el desconocimiento del otro; la existencia de un motivo altruista puede conducir a que la calificación sea leve, mientras que a mayor colaboración y concierto para cometer una conducta descrita como falta disciplinaria puede ser motivo de calificación de falta disciplinaria grave.

Ahora bien, si tenemos en cuenta el cuidado de los agentes de la falta en su comisión, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el servidor público investigado que se derive de la naturaleza de su cargo o función, el grado de participación del procesado en la comisión de la falta; si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias de difícil prevención y gravedad extrema debidamente comprobadas; necesariamente nos conduce además de la calificación de la levedad o gravedad de la falta, a definir el término de la inhabilidad para las faltas gravísimas, de la cuantía de la multa y el lapso de la suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves y leves. Es necesario, que los operadores jurídico-disciplinarios, sean cada vez más razonables, y actúen con mayores criterios de proporcionalidad al momento de imponer el término de las inhabilidades, suspensiones y la cuantía de la multa; en tanto luego de una explicación doctrinaria aislada sin que tenga relación material y específica, que explique el criterio para imponer las mencionadas sanciones, aparecen imponiendo quince años de inhabilidad y tres meses, sin que expliquen de manera argumentada, razonable y proporcional *“el porqué de los tres meses”*.

Estas sanciones de semejante cuantía, rayan con la arbitrariedad, pues las vías de hecho, el abuso del poder frente al ciudadano inerte; constituye una actuación grosera de la administración, que se materializa en la permanente tensión entre el ejercicio del poder y los derechos fundamentales constitucionales, propios de un Estado de derecho, social, democrático, participativo y constitucional, que debe resolverse privilegiando la garantía del derecho fundamental sin que se afecte el *ius puniendi* estatal. Esta es otra forma de violencia estatal, que en vez de legitimar el Estado, de generar confianza ciudadana y legitimación del

ejercicio del poder, generan la desinstitucionalización del Estado, porque puede ser una forma de utilizar el *ius puniendi* estatal para satisfacer intereses particulares, personales o políticos, que son fines distintos al previstos en la Constitución y la Ley.

En derecho disciplinario, las autoridades no pueden proferir ninguna providencia que no supere el test de proporcionalidad y razonabilidad, ya que no pueden los jueces disciplinarios tomar decisión alguna que no esté debidamente motivada, argumentada, que no se explique por sí sola en derecho, que guarde coherencia lineal con decisiones tomadas por el mismo ente frente a las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

4. Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, de extinción de la acción y de la sanción disciplinaria como consecuencia de la comisión de una falta disciplinaria de naturaleza contractual.

El juicio de responsabilidad disciplinaria comprende la adecuación de la conducta ilícita al tipo disciplinario, al mismo tiempo que se establece la contrariedad de la misma al deber funcional del sujeto activo como servidor público o como particular. Esto es lo que se conoce como conducta típicamente antijurídica; la culpabilidad, que está determinada por el grado de reproche que hace el operador jurídico a quien ha incurrido en la falta disciplinaria a título de dolo o culpa.

Pero el operador jurídico al establecer el grado de responsabilidad disciplinaria, debe analizar y verificar no sólo la existencia de la conducta, su autor, coautores partícipes o intervinientes,

la formas de culpabilidad y de realización de la misma, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la conducta, los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, sino también todas las categorías jurídicas del derecho disciplinario en el juzgamiento de una conducta, con el fin de garantizar el principio de investigación integral, que nos impone el deber de investigar tanto lo favorable como la desfavorable al procesado y de esa manera, establecer el grado de certeza necesaria para absolver o sancionar a un sujeto del derecho disciplinario.

Lo anterior, muestra que no obstante existe la conducta típicamente antijurídica descrita como falta disciplinaria, se requiere que el juzgador establezca que el sujeto activo vulneró el deber funcional -dolo o culpa gravísima o grave-, previsto en la norma jurídica sin justificación alguna, hasta llegar a la culpabilidad. Esto quiere decir, que aún existiendo todas las categorías jurídicas antes descritas, es posible que se desestructure la responsabilidad disciplinaria, ya que la conducta típicamente antijurídica está amparada por un aspecto negativo de la antijuridicidad como lo son las causales de exclusión prevista en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

La doctrina ha sido unánime en admitir, que las causales de justificación provenientes del derecho penal como causales de no atribución de la conducta, se apliquen en derecho disciplinario. Entre ellos, el Profesor Gómez Pavajeau señala que estas pueden ser admitidas en el derecho disciplinario como causales que eximen de responsabilidad, toda vez que el artículo 21 del CDU, dispone la aplicación de los principios e integración normativa, así: *“Los tratados internacionales, Código Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal, de Procedimiento Civil, siempre que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”*. El principio de analogía in bonnan

partem consagrado en el inciso final del artículo 6 del Código Penal, el cual dispone que las causales que eximen de responsabilidad respondan a un catálogo abierto, implica que igualmente es aplicable al derecho disciplinario.

Así lo plantea el Profesor JAIME MEJÍA OSSMAN, cuando propone llevar al derecho disciplinario, las causales de justificación e inculpabilidad del derecho penal, porque a su juicio ese es el escenario donde se puede hacer un juicio de desvalor válido de la conducta del funcionario. Y es que el planteamiento de los juristas Gómez Pavajeau y Mejía Ossman, es bien traído si se tiene en cuenta no sólo el artículo 21 del CDU, sino el mismo artículo 48 numeral 1º Ibídem, dispuso que constituye como falta disciplinaria gravísima *“realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”*, en donde el operador jurídico disciplinario debe acudir a las mismas causales de justificación -aspecto negativo de la antijuridicidad-, e inculpabilidad -aspecto negativo de la culpabilidad- previstas en el derecho penal siempre que concurren, porque si bien son faltas disciplinarias gravísimas, su estructuración y descripción típica provienen del derecho penal sustancial, escenario en el cual su aplicación se ajusta al principio de favorabilidad aplicable en derecho sancionatorio siempre que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

El artículo 28 del CDU, establece las causales de exclusión de responsabilidad eximiendo al autor de la conducta en los siguientes casos:

- a.- **Cuando se realiza la conducta por fuerza mayor o caso fortuito.** La fuerza mayor es un hecho irresistible, imprevisible, e inevitable e insuperable, comúnmente atribuido a hechos de la naturaleza en el que no interviene el hombre, cuyas características son que el hecho debe ser por completo ajeno a la voluntad de quien incurre en la conducta, escapar a las previsiones normales que adopta una persona prudente, traer como efecto la imposibilidad de evitar o eludir sus consecuencias; mientras que el caso fortuito es un acontecimiento imprevisto al que no es posible resistir y para que sea eximente de responsabilidad, requiere que la conducta sea por completo ajena a la voluntad del autor, que la conducta escape a las previsiones normales de quien procede con prudencia y que sea imposible evitarlo o eludir sus efectos.
- b.- **En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.** Para que esta causal de justificación sea válidamente reconocida por el juzgador disciplinario, se debe tener en cuenta que el sujeto activo de la conducta actúa en virtud de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, para ello debe observarse si existe un deber jurídico previsto en la Constitución, en la ley o en los reglamentos; la actuación debe ser en estricta sujeción a la autorización prevista en la norma, lo que implica que el servidor público no debe rebasar la medida de cumplimiento; debe existir objetivamente la necesidad de que el servidor público ejecute la conducta; y por último, este debe actuar con la finalidad de cumplir con el deber impuesto. Es el caso del miembro de la fuerza pública que ingresa al domicilio de un ciudadano para capturar a una persona que ha sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito, el funcionario judicial que intercepta las comunicaciones de las

personas, el funcionario que termina reconociendo mayores cantidades de servicios prestados al contratado, cuando se trata de practicar cirugías de urgencia al afiliado a la Empresa Promotora de Salud, cuando está en peligro la vida de la persona.

En este escenario se presenta la exclusión de la responsabilidad disciplinaria, por colisión de deberes, ya que cuando la norma exige del sujeto una determinada forma de actuar, y otra le señala otro deber diferente, debe cumplirse aquél de mayor importancia y debe sacrificarse el de menor jerarquía, ya que no puede ser conforme a derecho que se coloque a una persona humana, que es titular de derechos fundamentales constitucionales, ante el absurdo, de enfrentarse a una situación en donde debe actuar de una u otra manera, y de cualquier forma que actúe infringe el deber funcional. Es por ello, que basta con que se le dé cumplimiento al deber de mayor jerarquía, para que se desestructure la antijuridicidad y la tipicidad de la conducta, ya que el comportamiento asumido no es ilícito y por el contrario se actúa amparado en el ordenamiento jurídico que lo autoriza a darle cumplimiento al deber de mayor importancia; ya que humanamente es imposible darle cumplimiento simultáneo a dos deberes enfrentados y antagónicos.

- c.- **En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.** En este caso, no existe tipicidad, ni antijuridicidad de la conducta, ya que el sujeto activo está actuando conforme al principio de legalidad, esto es, el cumplimiento del deber funcional previsto en la norma. Para ello debe, concurrir la subordinación de quien recibe la orden con relación a quien la da; debe existir una

orden, que debe ser legítima, de contenido lícito, conforme al ordenamiento jurídico; quien da la orden debe tener la competencia para emitirla; el inferior que recibe la orden debe tener competencia para ejecutarla o cumplirla; la orden debe ser emitida bajo las formalidades legales previstas en los procedimientos preestablecidos; y el inferior debe actuar exclusivamente con la finalidad de cumplir con la orden suministrada.

- d.- **Para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.**

En este caso, se presenta la colisión o antagonismo entre el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. En la configuración de esta causal de justificación, deben analizarse los alcances del principio de necesidad razonabilidad y proporcionalidad como elemento que integra y hace viable la adecuación de la conducta a la configuración de la causal para desestructurar la tipicidad disciplinaria. Ocurre, cuando el servidor público es titular de un derecho, al mismo tiempo que el ordenamiento jurídico le impone un deber que debe cumplir, y que de alguna manera se contraponen en la medida que el ejercicio del derecho implica la vulneración a un deber.

Debe entonces el servidor público, analizar los alcances del ejercicio de su derecho individual, y los alcances del cumplimiento del deber, de tal manera que su incumplimiento implica el desconocimiento de derechos fundamentales de las personas,

la interrupción en la prestación de servicios esenciales. Por ejemplo del derecho a la huelga, vulnera el deber de los servidores públicos de prestar los servicios asistenciales de urgencia en un centro hospitalario, o de servicios públicos domiciliarios. En estos casos, el derecho debe ceder ante el deber, en tanto no le es dable al agente asumir un comportamiento diferente, si privilegia el derecho ante el deber incurre en la extralimitación en el ejercicio de los derechos, como lo dispone el artículo 23 del CDU.

A *contrario sensu* o en sentido contrario, existen eventos en que el deber cede ante el derecho de la persona, como cuando el servidor público tiene derecho a disfrutar sus vacaciones, si bien se requiere su presencia por necesidades del servicio, el superior no incurre en falta disciplinaria si le ordena el disfrute, cuando tal ausencia la puede satisfacer sin traumatismo alguno con otro tipo de funcionarios que vincule para el efecto. Igual sucede cuando se ejerce el derecho a huelga sobre un servicio público que no es esencial.

- e.- **Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.** Esta causal justifica la conducta realizada por el agente, en tanto quebranta la voluntad y deja sin posibilidad alguna a la persona de actuar de manera alternativa conforme a derecho, lo que origina la inexigibilidad de otra conducta.

La coacción ajena debe tener las siguientes características, para que se entienda insuperable: Debe ser ejercida sobre la persona que debe asumir determinado comportamiento; a través de medios idóneos para someter o mermar la voluntad del

individuo; debe ser la coacción material o psicológica bajo amenaza, a tal punto que de no actuar conforme lo exige el coaccionador, el agente tenga razones para creer que esta se va a cumplir. Por el contrario, el miedo insuperable para que sea admitido como causal de justificación debe ser consecuencia o efecto de una causa psicológica que le imprima temor al agente, es decir, no se le puede exigir un comportamiento distinto a quien actúa con alteración de su estado mental y emocional a tal punto que el agente actúa no conforme a su voluntad, sino a los dictados del miedo que le produce no hacerlo, como consecuencia de la verificación de la amenaza.

No puede ser cualquier miedo, sino aquél que trasciende, aquel que para superarlo depende de la intervención de otros agentes, que en esos momentos no pueden actuar. Tanto la insuperable coacción ajena, o el miedo insuperable, se presenta cuando un servidor público inerte, *vr.* gracia en un municipio dominado por grupos al margen de la ley, le exigen suscribir un contrato para la construcción de una obra no prevista en el presupuesto, o con determinado contratista. Los medios materiales de coacción utilizados por los grupos al margen de la ley, son irresistibles a tal punto, que de no hacerlo se verifica la amenaza de un secuestro, una vacuna o la muerte y el Estado no tiene las condiciones materiales para evitarlo, al mismo tiempo que el miedo que le produce al funcionario público, es insuperable, en tanto si no lo hace también se puede verificar la amenaza.

- f.- **Actuar con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.** El sujeto activo de la falta puede actuar, incurso en el

error, conforme al principio de confianza o amparado en la posición de garante que ejerce una persona a quien no se le admite un comportamiento distinto al exigido por el deber funcional previsto en la norma. El servidor público al realizar una conducta típica puede estar incurso en error de derecho o error de hecho, que puede ser vencible o invencible, pues no tiene cabida el error de tipo como elemento negativo de la antijuridicidad y el error de prohibición como elemento negativo de la culpabilidad de la misma manera como opera en el derecho disciplinario, ya que en derecho disciplinario el concepto de tipicidad y antijuridicidad hacen parte de una misma categoría jurídica compleja que conocemos como ilícito disciplinario.

El error de derecho se justifica con una interpretación razonable, en lo que se excluye la arbitrariedad, la discrecionalidad, las vías de hecho y la intención dolosa de interpretar el derecho para justificar una conducta que por sí misma ya es contraria al ordenamiento jurídico. Luego, se puede actuar con la convicción razonable de que una norma se encuentra vigente, o derogada, o modificada, o con la interpretación jurídica que un jurista de cultura media en las mismas circunstancias también haría en la aplicación de la norma; que desde luego implica que el error recaiga sobre un elemento normativo o signifique una valoración jurídica como por ejemplo, aplicar una norma jurídica de los contratos estatales al día siguiente de haber quedado en firme la providencia del Consejo de Estado que la suspende provisionalmente. El error de hecho por el contrario, no recae sobre la interpretación y aplicación de una norma jurídica, sino sobre presupuestos fácticos, tales como el deber sustancialmente infringido, la colisión de deberes, la colisión de derechos y deberes o de las causales

excluyentes de responsabilidad previstas en el artículo 28 del CDU.

Tanto en el error de hecho como de derecho si es invencible -inevitable-, es decir, se excluye la responsabilidad disciplinaria por falta de conciencia de lo ilícito; pero en el evento en que el error de hecho sea vencible, o sea -evitable-, se verificará una falta disciplinaria culposa; mientras que si el error de derecho es vencible puede existir una falta disciplinaria dolosa o culposa teniendo en cuenta la conciencia y el conocimiento de la conducta, o el grado de negligencia, impericia o imprudencia del agente en la actuación.

Es el caso de las decisiones, avales, conceptos emitidos con fundamentos en estudios técnicos, científicos, sociales, prediales, ambientales realizados y/o aprobados por servidores públicos competentes en ejercicio de sus funciones y bajo las formalidades legales. Por ejemplo, si el interventor certifica el cumplimiento de una obligación contractual, tal como la entrega de un bien, prestación de un servicio, construcción de una obra o parte de ella, o el consultor contratado y el interventor entrega productos específicos certificados sobre su contenido y suficiencia para ser utilizados, así como los responsables de la ejecución de las obras, las decisiones técnicas de los comités de obras, o la medición de una meta física de la obra, o la conveniencia técnica, económica, financiera, administrativa, operativa, así como si el responsable y competente de certificar la relación de conexidad que existe físicamente entre una obra y otra a efectos de que se pueda adicionar la obra conexas a la principal, los funcionarios encargados de verificar la existencia de los requisitos de procedencia de la

actuación, no le es exigible una conducta distinta a proceder a dar la viabilidad solicitada, ante la imposibilidad legal de extralimitarse en sus funciones y usurpar la de otros servidores de ir hasta el lugar físico a comprobar la existencia de la conexidad, o verificar la idoneidad de un estudio etc, que ya fue avalado por quien por razones obligaciones y de sus deberes funciones produjo tal actuación. Lo contrario, es permitir al operador disciplinario asignar responsabilidades colectivas o individuales por razones distintas al hecho propio y al carácter subjetivo de la responsabilidad disciplinaria.

- g.- **Cuando el agente actúa en situación de inimputabilidad.** Una persona es inimputable en virtud de la ley disciplinaria, por estar en el momento de incurrir en la conducta en incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento en razón a condiciones político-sociales y culturales por trastorno mental, inmadurez psicológica o diversidad sociocultural.

La institución es de poca utilidad en el derecho disciplinario, ya que los menores de edad -inmadurez psicológica-, no son sujetos de derecho disciplinario al no poder ser servidores públicos, como tampoco ejercer funciones públicas o administrativas como particulares; pero si es importante hacer referencia a ella en los pocos eventos donde se pueda presentar, ya que puede ocurrir que los sujetos del derecho disciplinario incurran en faltas disciplinarias en momentos en que se encontraban con un trastorno mental transitorio o permanente, o en el caso de los indígenas por encontrarse en un entorno social diferente, siempre que tales conductas no sean incompatibles con la Constitución y la ley, con la mas amplia interpretación que deba hacerse de ella.

Igualmente existe error de hecho invencible, cuando en virtud del principio de confianza, el agente incurre en una conducta por determinación dolosa o culposa de otra, esto es, partimos de la base que toda persona que actúa de manera colectiva o con la colaboración de otra tiene derecho a confiar en que la otra actuará conforme a derecho, conforme al deber funcional que le corresponde, como lo señala el artículo 83 constitucional. Es el caso, de quien tiene el deber de adelantar por delegación parcial toda la etapa precontractual, para que el jefe del organismo suscriba, ejecute y liquide el contrato. Si el proceso de contratación ha sido normal, no se han presentado observaciones de los proponentes, ni los organismos de control han advertido irregularidades, no tiene razones para revisar con desconfianza las actuaciones del delegatario, por lo que procederá a reasumir la competencia para continuar con la actividad contractual que debe adjudicar, contratar, ejecutar y liquidar. También se presenta el caso, del médico cirujano que en el quirófano actúa, con la confianza que su colega anestesiólogo aplicó la dosis de anestesia requerida por el paciente, que los instrumentos de cirugía que le suministra la instrumentadora para el procedimiento están esterilizados.

Cuando el agente incurre en una conducta estando en posición de garante del interés jurídico protegido con el derecho disciplinario, el juicio de responsabilidad debe ser mas exigente, el error tanto de derecho como de hecho sería vencible, y por tanto inexcusable, ya que el jefe de control interno y de la oficina jurídica de una entidad estatal, debe conocer, implementar, evaluar y controlar todos los procedimientos y normas jurídicas, y luego su cargo es garantizar que todas las actuaciones sean en derecho. Lo mismo ocurre, con la persona que tiene bajo su custodia bienes y recursos públicos, su posición de garante implica el deber de salvaguarda y

protección, de tal manera que la teoría del error en este caso se aplica con criterios de inexcusabilidad, en tanto la norma exige otro comportamiento para evitar que se produzca el que infringe el deber.

Por último, merece especial atención la prescripción de la acción disciplinaria, que no es otra cosa que la pérdida de las facultades y potestades públicas del ius puniendi estatal en materia disciplinaria, en un caso concreto. La prescripción de la acción disciplinaria, encuentra fundamento en los artículos 6º, 29 y 150 de la Constitución Política. El artículo 6º Superior, en cuanto señala la cláusula general de competencia, el principio de permisión. La primera de ellas, es el fundamento del principio de legalidad, que implica y exige la existencia de un orden jurídico positivo anterior y previo, que contenga la legalidad de las acciones, el término de las mismas, de las faltas disciplinarias y de las sanciones. La cláusula general de competencia en materia disciplinaria, tiene el alcance de determinar la competencia institucional y funcional para ejercer la acción disciplinaria, vale decir, institucional porque le asigna la competencia a la PGN, a las Personerías Municipales y Distritales, así como a las oficinas de control interno disciplinario. La competencia disciplinaria funcional, en cuanto le asigna la competencia específica a los funcionarios que en este caso, prevé el decreto 262 de 2000 por el cual se organiza la PGN.

Aquí encuentra fundamento, la presunción de legalidad, en cuanto el ejercicio de las funciones públicas, que siempre serán conforme a lo que señala el ordenamiento jurídico, es decir, están garantizados por los deberes que asumen con el acto de posesión de los servidores públicos, pues es la razón por la cual la Constitución Política exige que ningún funcionario público

entrará a ejercer sus funciones sin haber tomado posesión de su cargo, y ese acto formal, cumple con la exigencia de la verificación sustancial o material de poner de presente que todos sus actos deben sujetarse a la Constitución y a la Ley, con la advertencia, que de no ser así, se le aplicarán las sanciones que el mismo ordenamiento jurídico prevé. Es por ello, que el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente prevé las sanciones penales, fiscales, disciplinarias y un mecanismo de protección especial al principio de constitucionalidad y de legalidad, en tanto la jurisdicción constitucional se encarga de retrotraer a la Constitución todas las actuaciones legislativas o de las autoridades que sean contrarias a los derechos fundamentales, así como el contencioso administrativo se encarga de velar por la defensa de la legalidad.

Es por ello, que esa presunción de legalidad tiene límites, en tanto su fin es el de garantizar la efectividad, continuidad y oportunidad en la ejecución de las decisiones de la administración, por aquello de la confianza que tiene el Estado y la comunidad de que los servidores públicos tienen un plus, frente a todas las personas de la comunidad, esto es que administran la cosa pública, esto es el interés general, y la manifestación de que sus actuaciones públicas tienen un marco o un derrotero a seguir que se constituyen en los límites en el ejercicio del poder, esto son los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional.

Así mismo, el artículo 29 de la Constitución Política, categorizado como un derecho fundamental de primera generación, también contempla el principio del juez natural que no es otro que la competencia del funcionario para ejercer la acción disciplinaria. Así mismo, dispone el artículo 29 constitucional, el debido proceso justo, sin dilaciones injustificadas, lo

cual se constituye en el fundamento de la prescripción de la acción disciplinaria, que tiene un alcance de doble dimensión.

De una parte, es una sanción abstracta al Estado, quien en desarrollo del *ius puniendi*, dentro del término previsto por el legislador no ejercitó la acción disciplinaria o porque ejerciéndola no culminó con el proceso disciplinario dentro del término previsto. Es una modalidad de renuncia tácita a la acción disciplinaria, lo que implica que siempre que la mora no sea justificada va a dar lugar a la configuración de una falta disciplinaria de carácter gravísima de carácter continuada, o de tracto sucesivo. La prescripción de la acción disciplinaria es una garantía para el investigado o para el eventual investigado, de que no se le adelantará una investigación indefinida y con dilaciones injustificadas, el amparo de este derecho fundamental implica la extinción en el caso concreto de la acción disciplinaria, vale decir, la pérdida del *ius puniendi* estatal.

El artículo 150 constitucional, que faculta al Congreso de la República en desarrollo del principio de reserva legal, para la expedición del CDU, ha dispuesto en el artículo 30 que la prescripción de la acción disciplinaria es de cinco años, sin perjuicio del término de prescripción especial -doce años-, previsto en los numerales 7°, 8°, 9° y 10° del artículo 48 del CDU y de la Sentencia C-948 de 2002, que declaró inexecutable el término de prescripción de doce años para los particulares sujetos del derecho disciplinario, quedando el mismo término de cinco años tanto para servidores públicos como para particulares. Así mismo, si el investigado renuncia al término de prescripción de la acción disciplinaria, esta en ningún caso puede extenderse a más de dos años.

Las conductas descritas en el tipo disciplinario, en su configuración lo son de dos formas: De ocurrencia instantánea y de ocurrencia continuada o de tracto sucesivo. En el primer caso, el término de prescripción empieza a contarse desde el mismo día de su consumación, entendiendo por ello, la actuación, ya por acción u omisión, que ocurre en un mismo momento. Por su parte, una omisión de carácter instantánea ejemplificando un caso, ocurre cuando el Contralor General de la República en virtud del artículo 273 constitucional ordena adjudicar un contrato en audiencia pública, la entidad contratante adjudica el contrato mediante acto administrativo; en el segundo caso, un ejemplo de omisión de carácter continuado consiste en que el servidor público responsable de la contratación de una entidad pública, no hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, no impone las multas, no hace uso de las cláusulas excepcionales, reconocimiento de reajustes de precios de manera periódica durante la vigencia del contrato. En este caso la omisión es de ejecución continuada, en tanto comienza a contarse desde el primer día en que empieza el término para hacer uso de los recursos hasta el vencimiento del último día previsto en la Ley para ello.

Una conducta por vía de acción de carácter consecutiva, ocurre cuando por ejemplo, el servidor público responsable de la adjudicación de un contrato, lo hace mediante el procedimiento de contratación directa, debiendo hacerlo mediante licitación o concurso público. La conducta por vía de acción comienza a contarse desde el momento de la apertura del procedimiento de selección directa hasta el momento en que adjudica el contrato.

La falta disciplinaria por vía de acción, de carácter instantáneo, ocurre cuando se decreta una caducidad, una interpretación, terminación, modificación, o la imposición de una multa,

contraria a derecho; ya porque en ese contrato no se habían estipulado las multas expresamente, o porque hizo efectiva cláusulas excepcionales sin haberlas pactado y el contrato no es de aquellos en donde se entiende que las cláusulas exorbitantes son presuntas. La acción disciplinaria, cuya titularidad recae en el Estado, es el instrumento procesal con que cuenta este para investigar la conducta de un servidor público o particular sujeto del derecho disciplinario.

Esta acción, de conformidad con el artículo 29 del CDU, se extingue por dos razones: Por la muerte del investigado, evento en el cual debe ordenarse la terminación del procedimiento disciplinario y como consecuencia del mismo el archivo definitivo de las diligencias, pues de continuar con el proceso disciplinario no habría lugar a atribuirle responsabilidad disciplinaria a persona alguna, ya que es subjetiva y por sustracción de materia frente al fallecimiento del procesado debe cesar la acción disciplinaria en el caso concreto.

La otra causa por la cual se extingue la acción disciplinaria, es por haber transcurrido cinco años desde la ocurrencia de la conducta ya sea instantánea o de carácter sucesivo o continuado, sin que el Estado mediante providencia debidamente motivada y ejecutoriada se haya pronunciado de fondo, dentro de los cinco o doce años en los casos expresamente previstos en el artículo 30 del CDU, constituyéndose en la sanción de la ley a la paquidermia del Estado. En materia de contratación, el término de prescripción es también de cinco años, y no de diez años como lo dijo inicialmente la ley 80 de 1993, pues se entiende derogada por la Ley 734 de 2002, no sólo por el principio de especialidad, sino también por el de temporalidad como criterio determinante para la solución de las antinomias jurídicas o normativas, al ser el CDU posterior al estatuto de contratación estatal -Ley 80 de 1993-.

Como quiera que la acción disciplinaria es pública, una vez se inicie, el interés de investigar y concluir con una decisión en derecho es del Estado, teniéndose como inane el desistimiento de la queja no extingue la acción disciplinaria, aunque si el quejoso bajo la gravedad del juramento se retracta de los hechos que en principio dijo constarles o que tiene duda sobre su ocurrencia o sobre la autoría de la misma, sin perjuicio de los efectos penales que pueda tener la reversa del testigo, que es en lo que se convierte el quejoso una vez la ratifique bajo la gravedad del juramento, puede ser objeto de valoración probatoria por parte del juez disciplinario una vez evalué el mérito probatorio de la misma.

Existen faltas disciplinarias, cuyo término de prescripción es de doce años, tales como las que versan sobre conductas de violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como las que consisten en la omisión, retardo u obstáculo para la tramitación de las actuaciones disciplinarias originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos, o la omisión o retardo en la denuncia de delitos dolosos, preterintencionales, culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón a su función. Estas conductas por sí solo explican un mayor término de prescripción, ya que en el caso de los derechos humanos estos representan una gran, sensibilidad en los Estados democráticos, sociales y constitucionales de derecho contemporáneo.

La prescripción conforme al artículo 32 del CDU, también ocurre cuando cinco años después de ejecutoriada la decisión no se hace efectiva; esto es la sanción al Estado por no aplicar la sanción impuesta al sujeto del derecho disciplinario, luego de haber desgastado el aparato

administrativo que debe desplazar el juez disciplinario para adelantar el correspondiente proceso. Sin perjuicio de la falta disciplinaria en la que incurre el funcionario que por omisión deja de hacer efectiva la sanción, debemos tener en cuenta que esta conducta favorece al investigado y le causa ipso jure la rehabilitación en forma automática, sin que pueda siquiera registrarse la sanción como antecedente.

En materia de contratación estatal, hay que tener en cuenta que la prescripción es de cinco años, contados a partir del momento en que ocurrió la conducta para el caso de las instantáneas, o a partir del último acto constitutivo de la misma para efectos de las faltas consecutivas o de tracto sucesivo. En este caso se pueden presentar en ambas modalidades, pero por la naturaleza de las actuaciones contractuales la mayoría de las faltas son consecutivas. Así, son actos instantáneos la suscripción de contratos con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales, suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales, o el interés ilícito en la suscripción de contratos, en tanto la falta ocurre cuando efectivamente se suscribe o firma el contrato o se exterioriza materialmente el interés ilícito en cualquiera de los etapas o fases del contrato estatal.

En los demás casos, las faltas disciplinarias contractuales son de carácter consecutivo, que comienzan a contarse desde el mismo momento en que la ley exige el cumplimiento del deber, o que comienzan a presentarse los hechos que dan origen a la eventual falta disciplinaria, hasta la última oportunidad que la ley o las estipulaciones contractuales permiten actuar de determinada manera o que se configura la actuación descrita en el tipo disciplinario. Igualmente, cuando el hecho de un tercero, una actuación de la administración- el hecho del

príncipe-, una actuación del contratista o una circunstancia previsible o imprevisible exige actuar de cierta manera o de abstenerse de hacerlo y al sujeto del derecho disciplinario le recluyó la oportunidad para actuar conforme se lo exige la norma.

Se puede afirmar que para la graduación de la sanción si bien existen los criterios específicos previstos en el artículo 47 del CDU, los criterios para dosificarla son los siguientes: La cuantía de la multa y el término de la suspensión o inhabilidad se fijarán por parte del operador jurídico-disciplinario, teniendo en cuenta el haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga, es lo que se conoce como antecedentes del investigado; la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función; la atribución de responsabilidad infundada a un tercero, esto es la materialización del derecho fundamental al buen nombre, a la inocencia; ya que si bien el investigado tiene derecho a la defensa, esta no puede ser garantizada de cualquier forma, pues no puede existir una tensión jurídica entre quien tiene el derecho a defenderse y quien no teniendo nada que ver con la comisión de una falta, el primero se la atribuye para conseguir su absolución o muy seguramente la impunidad al desviar la investigación. La confesión simple antes de la formulación de los cargos, ya que si la confesión es condicionada no sirve como prueba para la atribución de responsabilidad; haber procurado por iniciativa propia resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, pues es un acto de respeto y reconocimiento de los derechos del afectado.

En cuanto a las atenuantes y agravantes, se tiene que haber devuelto, restituido o reparado el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o

reparación no se hubieren decretado en otro proceso; el grave daño social de la conducta; la afectación de derechos fundamentales; el conocimiento de la ilicitud; pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad, también son criterios que el operador jurídico previo test de proporcionalidad debe imponer, aplicando claros parámetros dosimétricos sancionatorios. En cuanto a otros parámetros, se tiene que si el autor o coautor incurrió con una o varias acciones u omisiones en infracción a la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción así: La sanción mas grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementara hasta otro tanto sin exceder el máximo legal; si la sanción mas grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; si la sanción mas grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO TERCERO.

El ordenamiento jurídico ha dispuesto distintos regímenes de responsabilidades ante la necesidad de protección y tutela de bienes e intereses jurídicos que quiere salvaguardar. Es así como el deber-ser en materia de contratación estatal, esta regulado por el legislador y las autoridades administrativas al expedir sus reglamentos, y que la celebración indebida de contratos encuentra respuesta en el ordenamiento jurídico, tal como el derecho penal, donde concretamente existen delitos cuya descripción son hechos punibles contentivos de conductas o comportamientos típicos contractuales.

Es así como existe el delito de celebración de contratos con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales; suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos legales –esenciales, e interés ilícito o indebido en la celebración de contratos; sin perjuicio que pueda existir concurso de hechos punibles como consecuencia de la celebración de contratos, tales como peculado en cualquiera de sus manifestaciones, falsedad en documento público, prevaricato, concusión, cohecho y fraude procesal. Allí se vulneran bienes jurídicos, tales como el patrimonio público, la fe pública, y los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional como bienes jurídicos institucionales y colectivos.

El CDU que describe todas las conductas contractuales como faltas gravísimas, y dado que el interés jurídico que se protege es el deber funcional previsto en el derecho público de los

contratos estatales, conocido como el principio de legalidad contractual, se tiene que es esta la institución más importante para el derecho disciplinario, debido a la complejidad y alto nivel de exigencia que hace el Estado a quienes están encargados de ejecutar la inversión pública a través de la herramienta del contrato estatal. Por su parte, la responsabilidad fiscal, que si bien no tiene un fin sancionatorio, sí tiene un carácter resarcitorio en la medida en que siempre que haya un daño patrimonial estatal, el órgano de control fiscal ordenará reparar el daño a quien lo haya causado. De otra parte, puede ocurrir que el contrato sea declarado nulo, o que se condene a las partes a la indemnización del daño contractual que se cause por incumplimiento en alguna de sus estipulaciones, siendo así la competencia del contencioso administrativo o del juez civil, tiene como fin proteger el principio de legalidad contractual.

A los servidores públicos de elección popular se les puede demandar la nulidad del acto administrativo que declara su elección si incurren en celebración de contratos estatales, dentro del término que prevea el legislador como inhabilidad para ser inscrito y elegido a un cargo de esta naturaleza, así como también le puede generar la pérdida de investidura si el miembro de la corporación pública ha incurrido en la gestión de contratos para sí o para un tercero, o si incurre en tráfico de influencias para acceder a un contrato. Frente a una misma conducta pueden existir distintas investigaciones, siempre que no tengan la misma naturaleza, mientras que si son dos faltas disciplinarias o hechos punibles por el mismo hecho, se estaría vulnerando el *nom bis in ídem procesal* y con la existencia de varios fallos sancionatorios el *nom bis in ídem sustancial*.

Finalmente, quiero señalar que la esencia y los criterios de distinción del derecho disciplinario con las otras ramas del derecho sancionatorio los encontramos en la estructura de la falta y en la estructura de la responsabilidad disciplinaria, que es lo que permite que la dogmática del derecho pueda encausar al operador jurídico para que pueda realizar un juicio de valor en materia disciplinaria al juzgar conductas típicamente antijurídicas concretas.

CONCLUSIÓN PRIMERA PARTE.

El derecho disciplinario es una rama del derecho público de carácter sancionatorio, que comparte los principios genéricos del derecho penal, en cuanto no sean contrarios a su naturaleza. Lo anterior quiere decir, que el derecho disciplinario reclama su propia autonomía e independencia, para que no se le confunda como derecho administrativo, o como derecho penal administrativo. Por el contrario, creo firmemente que el derecho disciplinario, es una rama autónoma e independiente del derecho público sancionatorio, que reclama identidad propia y que sobre él se ha venido construyendo una dogmática jurídica que desarrolla las distintas categorías del derecho disciplinario, tales como las relaciones especiales de sujeción, deber funcional, conducta típicamente antijurídica, ilícito contractual, la noción de falta gravísima y estructura de la misma; formas de realización de la conducta, autoría y coautoría, formas de culpabilidad, extinción de la acción disciplinaria, causales de exclusión de la responsabilidad, criterios para establecer la gravedad o levedad de la falta y para dosificar la sanción.

Todo ello, es útil para imponerle límites al operador jurídico a quien el doctrinante le ha facilitado solucionar los problemas concretos que se presentan en el escenario del derecho disciplinario, pues es evidente que los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en esta rama del derecho operan de manera distinta al derecho penal, ello implica que tanto los operadores disciplinarios como los abogados que hacen defensas en esta área deben ejercerlas técnicamente desde el derecho disciplinario y no desde el derecho penal, en tanto las categorías

jurídicas de este último sólo operan por defecto, vale decir, siempre que no haya una respuesta legislada en derecho disciplinario o siempre que fuere compatible con la naturaleza misma de este.

Pero como la conducta en el caso que se estudia, se relaciona con los comportamientos contractuales que asumen las partes en un contrato estatal, y que le es preciso establecer al operador jurídico, es necesario entonces, sugerir una metodología que puede resultar adecuada para la estructura de la falta disciplinaria y la atribución de la misma responsabilidad disciplinaria al procesado, disciplinado o encartado. Como quiera que el Derecho Público de los contratos estatales contiene los distintos regímenes de contratación estatal, se puede afirmar que ese contenido normativo constituye el deber ser en materia de contratación estatal. Luego, los comportamientos o conductas en primer lugar, las analizamos desde el régimen jurídico de los contratos estatales para establecer si se actuó conforme a derecho, y de encontrar la existencia de una irregularidad, se procede a estudiar la consecuencia de ésta.

Es importante tener en cuenta las reformas introducidas por la Ley 1474 de 2011, a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007, Ley 43 de 1990, Ley 87 de 1993, Ley 678 de 2001, Ley 599 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000, Ley 734 de 2002, y las concordancias con la Ley 1437 de 2011, contentivas de normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública en relación a los siguientes asuntos:

- a.- Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción.
- b.- Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas a las Presidencia de la República, a las gobernaciones ó a las alcaldías con aportes superiores al “.5% de as sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral.
- c.-Prohibición para que ex -servidores públicos gestionen intereses privados.
- d.-inhabilidad para que ex –servidores públicos contraten con el Estado.
- e.-Prohibición, inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos de obra pública, concesión, suministro de medicamentos y de alimentos por parte de sujetos contractuales con entidades públicos y al mismo tiempo celebrar contratos de interventoría con sujetos que tengan vínculos de consanguinidad, afinidad, primero civil, socios en sociedades distintas a las anónimas abiertas durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo.
- f.- la responsabilidad penal, fiscal, civil y disciplinaria de los interventores, supervisores y consultores en los contratos de consultoría o asesoría y la continuidad de los mismos por el tiempo de la prórroga del contrato objeto de vigilancia.
- g.- La imposición de sanciones, multas y declaratorias de incumplimiento y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

h.- La maduración de los proyectos, que implica la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos, los pliegos de condiciones, la viabilidad del proyecto, su impacto social, económico y ambiental, incluyendo los contratos llave en mano.

i.- La importancia de la ley 1474 de 2011 en materia de adquisición predial, radica en que decreta ipso jure la declaración de utilidad pública o de interés social los bienes inmuebles necesarios para la ejecución de los proyectos de infraestructura del transporte; y ello es el presupuesto legal para que la Entidad pública mediante acto administrativo determine de forma precisa las coordenadas del proyecto, debiendo la entidad catastral correspondiente publicar dentro de los dos meses siguientes la identificación de los predios que se ven afectados por el proyecto, registrando la calidad de predios de utilidad pública o interés social en los respectivos registros catastrales y en los folios de matrícula inmobiliaria, quedando dichos predios fuera del comercio a partir del mencionado registro. Así mismo, la entidad procederá a realizar el avalúo comercial del inmueble que deberá incluir el valor de las posesiones si las hubiera y de las otras indemnizaciones o compensaciones por afectar el patrimonio de los particulares.

j.- La inhabilidad de los contratistas por incumplimientos reiterados.

k.- El manejo de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud y los demás que se adjudiquen en licitación pública a través de fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

Por último, es necesario señalar que como quiera que nos encontramos en periodo de construcción de un derecho disciplinario como rama autónoma del derecho, pero también nos encontramos en un escenario temporal y espacial en donde asistimos a la construcción e una doctrina y jurisprudencia lineal en materia disciplinaria, la gran conclusión es que como hasta la hora demostrado es que a este ciclo de vida se interponen los cambios institucionales que genera el vencimiento del periodo constitucional del titular de la Procuraduría General de la Nación, que afecta este ciclo vital en tanto cada uno le imprime su propia visión de derecho disciplinario, y mientras se concilia lo que viene con la propia del titular que llega en ocasiones se genera un zis zaga doctrinario; es por ello que lo sugerible a todos los afectados por un acto administrativo disciplinario es que concurran al juez administrativo incoando la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que son los jueces de la República los llamados a avanzar en la construcción de la seguridad jurídica disciplinaria que demanda los justiciables amparados en el Estado social, democrático y participativo de derecho que incorpora la Constitución Política de 1991.

SEGUNDA PARTE

EL CONTRATO ESTATAL: ENTRE LA FALTA DISCIPLINARIA

CONTRACTUAL Y EL JUICIO DISCIPLINARIO

Una vez definida la naturaleza del Derecho Disciplinario y el alcance de cada una de sus categorías jurídicas, así como la diferencia existente entre el derecho penal, la responsabilidad fiscal y el control contencioso administrativo; se avanza hacia la adecuación típica disciplinaria de conductas realizadas en razón y con ocasión del contrato estatal. Se trata de aplicar los distintos criterios o conceptos que devienen de cada una de las instituciones del Derecho Disciplinario en relación con el contrato estatal, con el fin de establecer, si como consecuencia de una conducta contractual el servidor público o particular sujeto del derecho disciplinario infringió sus deberes funcionales con relación a la gestión de la actividad contractual del Estado, desde la óptica de la Teoría Analítica del Derecho, aplicada al estudio interno del derecho, es decir, que para adecuar la conducta contractual a los tipos disciplinarios solo aplicaremos la teoría general del derecho y la dogmática jurídica disciplinaria.

Para avanzar en este propósito, es preciso comenzar por definir el contrato estatal, las distintas categorías, tales como las partes del contrato, la naturaleza jurídica de la institución, el fin que persigue el contrato teniendo en cuenta cada tipología, el régimen jurídico aplicable, ya que todos los contratos suscritos por las entidades a que se refiere el artículo 2º del ECE son estatales desde que una de las partes sea una entidad pública. Otra cosa es, que en razón a la naturaleza jurídica de la entidad y el objeto del contrato se le puede aplicar un régimen híbrido, consistente en la aplicación tanto del derecho público, como del derecho privado; y en

otros casos no obstante es un contrato estatal, el Estado los suscribe de la misma manera como lo hacen los particulares, es decir, con sujeción exclusiva al derecho común: derecho civil y derecho comercial.

La anterior actividad, hace parte de lo que se conoce como la gestión o la gerencia de la contratación estatal; pero el legislador con el fin de garantizar que los contratos estatales se sometan al ordenamiento jurídico vigente, o sea, al principio de legalidad contractual, ha expedido el CDU que tiene dos ingredientes o instrumentos importantes a saber: Un derecho disciplinario sustancial, y un derecho disciplinario procesal. En ese orden de ideas, el Derecho Disciplinario sustancial, reconoce la importancia de la contratación estatal cuando en su artículo 48 y 55 del mismo describe en principio, que todas las conductas violatorias del derecho público de los contratos estatales son gravísimas tanto para los servidores públicos como para los particulares sujetos a este régimen de responsabilidad, sin perjuicio de las faltas leves o graves cuando se infrinja un deber o se incurra en una prohibición de las previstas en los artículos 34 y 35 del CDU; con las características señaladas por el legislador, en cuanto son tipos disciplinarios abiertos de remisión expresa -cuando la infracción al deber está previsto en una norma específica como la Ley 80 de 1993-, o de remisión en blanco, cuando el operador jurídico nos remite a una materia que se encuentra regulada por una norma vigente pero dispersa en el ordenamiento jurídico, *verbi gracia*, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Es por ello, que una vez definida la teoría de la falta disciplinaria cuando la conducta descrita fue realizada en razón o con ocasión al contrato estatal, es procedente analizar todos los

aspectos teórico-conceptuales y doctrinarios, que de acuerdo al método de la teoría general del derecho y de la dogmática del derecho disciplinario permita al operador jurídico resolver casos fáciles y difíciles en el juzgamiento disciplinario de las faltas gravísimas de naturaleza contractual. El operador jurídico no solamente debe ser conocedor del derecho disciplinario legislado –sustancial y procesal, sino también de la teoría y la dogmática del derecho disciplinario, como del derecho público de los contratos, y de las descripciones típicas penales que a título de dolo realicen los sujetos disciplinarios en razón y con ocasión de sus funciones.

Si se observa, el contrato estatal como negocio jurídico y su régimen jurídico aplicable; pero también el derecho disciplinario, y se aplica el método dogmático para realizar la adecuación de la conducta a las faltas disciplinarias descritas, se realizará una defensa disciplinaria que posibilite la desestructuración de los elementos del tipo disciplinario contractual -logrando la absolución del procesado-, o adelantar un proceso que permita la atribución de responsabilidad disciplinaria -imponiendo la correspondiente sanción-, en tanto el proceso haya permitido establecer con certeza que la conducta contractual típicamente-antijurídica, calificada como ilícito disciplinario, sea susceptible de atribución de responsabilidad disciplinaria a su autor o coautores por hallarse probada su culpabilidad, ya sea por dolo o por culpa gravísima o grave. De allí, que el contrato estatal sea la piedra angular del ilícito disciplinario, que se ubica en un punto central entre la conducta, la falta gravísima, el derecho público de los contratos estatales y el juicio disciplinario.

Así las cosas, y para cumplir con la finalidad propuesta esta Segunda Parte se integra por cinco (5) Títulos, el Primero de ellos bajo la denominación de *Derecho Público de los Contratos Estatales y*

relaciones Especiales de Sujeción de las Partes al Contrato Estatal, con sus tres (3) Capítulos el Primero que trata sobre El Derecho Público de los Contratos Estatales como conjunto de Normas, Principios y Reglas que tienen un punto de encuentro con el Derecho Disciplinario: a alta Disciplinaria; el Segundo desarrolla lo relativo al Derecho Disciplinario, el Estatuto General de la Contratación estatal y los Regímenes Especiales y el Tercer Capítulo se centra en Los Sujetos Contractuales y La Responsabilidad Disciplinaria.

El Título Segundo, que hace referencia *Al Juzgamiento de las Faltas Disciplinarias en la Etapa Precontractual de Preparación o Formación del Contrato Estatal*, esta compuesto por dos (2) Capítulos, el Primero hace referencia a *Las Faltas Disciplinarias en los Procesos de Selección de los Contratos Estatales* y el Segundo se ocupa de *La Conducta Precontractual, Adecuación Típica y Juzgamiento Disciplinario.*

El Título Tercero, bajo la denominación *Del Juzgamiento de las Faltas Disciplinarias en la Etapa Contractual o de Ejecución del Contrato Estatal*, a su vez, se compone de dos (2) Capítulos, el Primero, relativo a *La Adecuación Típica y la Responsabilidad Disciplinaria en la Etapa de Ejecución del Contrato Estatal* y el Segundo, se ocupa de *La Falta Disciplinaria en las Prerrogativas Públicas de la Administración en el Contrato Estatal o Posición Privilegiada de la Administración.*

El Título Cuarto, desarrollo lo relacionado con *El Juzgamiento de las altas Disciplinarias en la Etapa Poscontractual generadas en las distintas formas de Liquidación del Contrato Estatal*, tiene cuatro (4) Capítulos, el Primero, *La falta Disciplinaria en la Liquidación de los Contratos Estatales;* el Segundo, *El Juzgamiento Disciplinario por Faltas con Ocasión de Detrimento Patrimonial durante la Vigencia del*

Contrato y las Garantías Contractuales; el Tercero, Las Faltas Disciplinarias Generadas por Acción u Omisión frente al deber funcional de la exigencia de las garantías en el Contrato Estatal y el Cuarto, El Juzgamiento de los Principios de Contratación Estatal en la fase Postcontractual.

Finalmente, el Título Quinto se detiene en las consideraciones relativas a *La Comisión de delitos en Desarrollo de la Actividad Contractual como Falta Disciplinaria*, esto a partir de cuatro (4) Capítulos, así: el Primero, *Celebración Indebida de Contratos como Faltas Disciplinarias Gravísimas*; Segundo, *Los Riesgos Contractuales y Faltas Disciplinarias*; Tercero, *Acciones Constitucionales contra Actuaciones Disciplinarias del Titular de la Acción Disciplinaria* y Cuarto, *Acciones Contencioso – Administrativas contra Actos Administrativos Disciplinarios.*

TÍTULO PRIMERO

DERECHO DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

La doctrina jurídica nacional, ha venido señalando tradicionalmente que la contratación estatal en el derecho liberal clásico y moderno es un asunto propio y exclusivo del Derecho Administrativo. Es así, como los distintos manuales de Derecho Administrativo y los contenidos de los programas de este curso en las Facultades de Derecho colombianas, ubica la contratación estatal como un tema mas al lado de otros como el acto administrativo, la organización de la administración, los servicios públicos, las actuaciones administrativas, la responsabilidad extracontractual del Estado, el concepto de policía administrativa etc.

En el Estado constitucional de derecho contemporáneo, el nuevo Derecho Público-Administrativo en la sociedad del conocimiento es el género, y la contratación estatal es la especie. En mi sentir, estamos asistiendo a una nueva etapa del derecho público, donde la noción del contrato estatal cada vez mas se separa del derecho administrativo como institución propia y exclusiva de esta disciplina para desplazarse hacia el derecho público; al punto que podríamos afirmar que el contrato estatal reclama su propia autonomía como nueva disciplina del derecho público, así: El Derecho Público es el género, y las especies son el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional Público, y el Derecho de los Contratos Estatales y siendo así, es importante estudiar el contrato estatal desde el punto de vista de la teoría analítica del Derecho.

El Derecho Público desde el Estado moderno liberal se puede definir como el ordenamiento del poder político institucionalizado, es el derecho del poder, sujeto al principio democrático, al principio de separación de poderes y al principio de colaboración armónica; que bajo las orientaciones del concepto de Estado de derecho, en donde tanto los gobernantes como gobernados estamos sometidos a la Constitución y a la ley, las normas constitucionales operan para la imposición de límites a los titulares del poder en su ejercicio. En síntesis, el derecho público contiene el conjunto de principios y valores para gobernar y administrar los asuntos públicos del Estado, con el propósito de obtener la realización de los fines y cometidos esenciales del mismo.

Pero estos cometidos estatales se logran a través de instrumentos como el Derecho Constitucional, que es el encuadramiento del Estado de derecho a unos fines específicos, pues tiene como objeto de estudio el Estado; en donde las normas constitucionales son el ordenamiento jurídico superior, de donde deviene la sujeción del Estado al derecho para lograr la realización de los intereses de los destinatarios de la política del Estado, para lo cual las instituciones públicas deben actuar conforme a los principios de supremacía, legitimidad, generalidad, coactividad y permanencia; así como también conforme a los principios constitucionales de la función administrativa, tales como la eficiencia, eficacia, transparencia, moralidad administrativa y publicidad. Es en el derecho constitucional, donde se realizan los postulados del derecho público, que concibe al Estado como instrumento y escenario para garantizar el ejercicio de los derechos y garantías de los partícipes del contrato social.

El Derecho Administrativo por su parte, ejerce un rol instrumental como rama del Derecho Público, en tanto constituye la herramienta de los titulares de la función administrativa para materializar los postulados constitucionales a través de los agentes o servidores públicos, pues está integrado por un conjunto de normas que permiten regular las relaciones de sujeción de las distintas organizaciones o instituciones públicas entre sí, entre estas y los servidores públicos, así como entre la Administración y los administrados.

Es por ello, que en Derecho Administrativo existe el principio de legalidad que garantiza que los actos de la administración deben sujetarse al derecho vigente, y conforme a la presunción de legalidad, estos se entienden sometidos al ordenamiento jurídico mientras la propia administración no los revoque, derogue, o el juez contencioso administrativo no los declare nulos. De otra parte, el derecho administrativo igualmente está regido por los principios de conveniencia, de responsabilidad, de la cláusula general de competencia, de buena fe, el principio de la autotutela, de control judicial a los actos de la administración y del interés público.

Es así, como estos principios permiten el funcionamiento y organización de las instituciones públicas; la expedición de los distintos actos administrativos, la prestación de los servicios públicos industriales y comerciales, domiciliarios y no domiciliarios, la función de defensa, seguridad y de policía administrativa, en donde se toman decisiones unilaterales por parte del Estado y de la administración. El Derecho Administrativo es entonces, un instrumento para materializar los derechos y garantías ciudadanas, y no cumple una función en sí mismo, sino que constituye un medio para cumplir con el fin que justifica la existencia del Estado, que no

es otra que la de satisfacer las necesidades insatisfechas de la comunidad en la protección de su vida, honra, bienes, derechos y promoción de su bienestar.

El Derecho Internacional Público, es el Derecho de los Tratados, cuya característica esencial es la bilateralidad o la pluralidad, pues en este instrumento están contenidas normas de obligatorio cumplimiento por partes de los Estados y de los organismos sujetos del derecho internacional signatarios de los convenios internacionales. El Derecho Internacional, hoy tiene dimensiones distintas a la visión clásica, ya que el principio de la libre autodeterminación de los pueblos se ha venido relativizando por el desarrollo de la globalización que ha permeado el concepto de soberanía, pues en materia de los contratos suscritos entre Estados, entre estos y personas de derecho privado de otras nacionalidades, se imponen normas de carácter internacional; debido a que la apertura económica y la internacionalización de la economía exigen la aplicación de normas supranacionales que permitan la suscripción de contratos cuyos objetos y principales estipulaciones sean de interés comunitario.

De allí, que el Derecho de los Contratos Estatales mantenga relaciones con el Derecho Constitucional, en tanto los procedimientos de contratación deben estar orientados por los principios constitucionales de la función administrativa, el derecho a la igualdad de todas las personas a participar en las mismas condiciones en un proceso selectivo y a suscribir un contrato estatal; así como también es el interés público el que justifica la ruptura del principio de igualdad de las partes en el contrato estatal, en tanto el Estado puede hacer uso de potestades excepcionales de manera unilateral. Igualmente el derecho público de los contratos estatales se relaciona con el Derecho Administrativo, ya que los procedimientos de selección

de contratistas, de adjudicación del contrato, la declaración de incumplimiento, la imposición de multas, las liquidaciones unilaterales de los contratos; se hace a través de actos y procedimientos administrativos que son instituciones propias del derecho de la administración.

Así mismo, los contratos estatales se relacionan con el Derecho Internacional Público, ya que es la voluntad bilateral o multilateral de los Estados signatarios de tratados internacionales los que convienen unas reglas a que deben someterse tanto las personas jurídicas de Derecho Público Interno, como los particulares en la selección, suscripción, ejecución, liquidación y solución de conflictos en materia de los contratos de interés global o de orden comunitario. De allí, que los contratos regulados por estos tratados tengan previsto estipular el principio de reciprocidad, que obliga a cada Estado a darle el mismo tratamiento contractual a los extranjeros que le dan esos países a sus nacionales. Es en el derecho internacional público donde se establecen los efectos del exequátur de las decisiones judiciales de un Estado cuando se pretende hacer valer en el otro, el sometimiento de los conflictos contractuales a tribunales de arbitramento internacionales, y el sometimiento de los contratos estatales a los reglamentos de las personas jurídicas de derecho público internacional de crédito, de los organismos multilaterales de cooperación, ayuda, asistencia técnica o científica, o a las normas del Estado donde se ejecutará el contrato conforme al artículo 13 del ECE.

El contrato estatal por su parte, no es una materia mas del Derecho Administrativo, ya que si bien comparte de manera genérica los principios del derecho público junto con las demás ramas; y con el derecho administrativo comparte los principios de legalidad y los de la función administrativa, no es menos cierto, que existen elementos propios de los contratos estatales que

le son esenciales y que se constituyen en el elemento o criterio de distinción con el derecho administrativo que lo identifican como rama del Derecho Público autónoma, los cuales son:

- El *principio de la bilateralidad o consensualidad de las obligaciones*, que surgen en virtud de un acuerdo de voluntades y no de la ley; el ejercicio de las potestades excepcionales, la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato estatal con las limitaciones que le impone la ley, el deber de selección objetiva de la propuesta u oferta contractual más conveniente, la publicidad del proceso, el estudio de mercados, el certificado de disponibilidad y registro presupuestal, pues para que existan obligaciones contractuales necesariamente debe concurrir el consentimiento bilateral de las partes, ya que este implica que se pueden negociar todas las condiciones bajo el régimen de atribuciones legales; mientras que en el contrato de derecho privado se puede negociar todo aquello que no prohíba la ley. En derecho administrativo el Estado toma decisiones unilaterales sin que sea posible negociar la expedición de los actos, ya que la legalidad trasciende a los intereses de los particulares; mientras que en tratándose del contrato estatal, el uso de las potestades excepcionales antes de hacer uso de ellas, se pueden negociar, y sólo ante este fracaso se puede acudir a tales cláusulas exorbitantes a tal punto que una vez tomadas las decisiones unilaterales se puede negociar no la legalidad, sino sus efectos económicos.
- El Derecho de los Contratos Estatales, es una disciplina que no sólo se nutre de los principios constitucionales, sino que comparte con el derecho administrativo y el derecho internacional público normas reglas y principios, que aterrizadas a los fines que

persigue el Estado al contratar, integran esta disciplina jurídica que por su importancia, el legislador ha expedido un régimen de protección para garantizar que la ejecución del objeto del contrato esté dirigido a satisfacer las necesidades públicas incorporadas en los planes de desarrollo del Estado y sus entidades territoriales. Este régimen de protección está contenido en el derecho disciplinario, el derecho penal, el control fiscal, el control judicial a los contratos estatales, en razón a que es el instrumento de gestión fiscal por antonomasia a través del cual se ejecutan todos los recursos de inversión pública estatal.

El aspecto más controversial de la contratación estatal lo constituyen los distintos regímenes legales, que varían dependiendo el objeto del contrato y la naturaleza jurídica del ente contratante o contratista. Se trata de ver el régimen de los contratos estatales con una visión sistematizadora e integradora, para lo cual hemos encontrado que existen múltiples normas contenidas en la Constitución, en la ley, en los distintos actos administrativos y en los mismos estatutos de las entidades estatales que hemos denominado el “*derecho público de los contratos estatales*”; integrado por tres regímenes de contratación estatal que contienen normas principios y reglas a saber:

- a) Régimen general de la contratación estatal- Estatuto General de los Contratos Estatales celebrados por las administraciones públicas-.
- b) Régimen especial de contratación en razón al objeto del contrato.
- c) Régimen especial de contratación en razón a la naturaleza jurídica del ente contratante o contratista estatal. Es a partir del principio de legalidad contractual, donde el operador

jurídico adecua la conducta contractual al tipo disciplinario, para luego proceder en el juicio disciplinario a determinar la tipicidad - antijuridicidad y la culpabilidad de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO DE LOS CONTRATOS ESTATALES, PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y FALTA DISCIPLINARIA

Etimológicamente principio significa precepto de carácter general que orienta la acción en determinado sentido como fuerza generadora sobre la que se soporta la consecución de una finalidad. De contera, desde el punto de vista normativo, usualmente los textos legales, consagran principios que guían con fuerza vinculante la protección de derechos, el cumplimiento de obligaciones o la satisfacción de cierta finalidad.

La contratación pública y su regulación no ha sido ajena a esa línea principialista y la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 23 se encargó de consagrar los principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales, señalando que las actuaciones en el marco de 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, pero que además, 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.

Así las cosas los artículos 24, 25, 26, 27 desarrollan lo relacionado con los principios contractuales de transparencia; economía y responsabilidad.

La interpretación de las reglas contractuales quedaron establecidas en el artículo 28 de la Ley 80, citada, señalando el legislador que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata la ley 80 y, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto 811 del 17 de abril de 1996 CP Dr. Roberto Suárez Franco, hizo expresa referencia a los principios de la buena fe y la transparencia en materia contractual señalando:

La buena fe es un elemento de la vida de relación, pero no se incorpora al derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de unas precisiones técnicas necesarias. En el campo jurídico, el concepto de buena fe, aunque indeterminado en sus alcances, tiene un sustento real. No es creación del legislador, sino que éste, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en los diversos sistemas jurídicos concretos se le asignan matices, que, sin afectar su esencia modifican su aplicabilidad, su alcance y sus efectos. Tal es lo que ocurre, entre nosotros, con el concepto de buena fe cuya concepción jurídica anterior, que era de raigambre legal, ha pasado a ser un ordenamiento de carácter constitucional.

Pero además, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto del principio contractual de transparencia, indicó:

En el artículo 24 del mismo estatuto se desarrolla el principio de transparencia; con él se pretende garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva del contratista aun en los casos de contratación directa. Para este propósito señala el artículo 24 - 5, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas y claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.

En cuanto a los postulados que rigen la función administrativa, estos encuentran soporte en el artículo 209 de la Constitución Política, cuyo texto claramente señala que 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, pero además que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Nótese que en concordancia con estos postulados Superiores el artículo 3 del Estatuto Contractual de forma precisa señala que los servidores públicos debe tener en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Es

decir, hay una perfecta armonía entre los predicados constitucionales y legales cuando de los fines de la contratación pública se trata.

De otra parte, se destacan los principios rectores que guían la aplicación del Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002-, entre ellos los consagrados en los artículos 4, 6, 8, 9, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21, esto es, los principios de legalidad; debido proceso; reconocimiento de la dignidad humana; presunción de inocencia; favorabilidad; igualdad ante la ley disciplinaria; función de la sanción disciplinaria; derecho a la defensa, proporcionalidad; motivación; interpretación de la ley disciplinaria y aplicación de principios e integración normativa y en armonía con los predicados constitucionales y contractuales tiene por finalidad la ley disciplinaria la garantía de la función pública, en la medida en que el sujeto disciplinable, esta destinado a salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejerciendo debidamente sus derechos, cumpliendo cabalmente sus deberes, respetando las prohibiciones que le impone la ley y sometiénndose al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes, así lo predica el artículo 22 del Estatuto Disciplinario.

Ahora bien el artículo 23 del Estatuto Disciplinario prevé que al quebrantar el sujeto disciplinable sus deberes, extralimitarse en el ejercicio de sus derechos y funciones, incurrir en prohibiciones y violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de

responsabilidad contempladas en el propio Estatuto se puede ver incurso en faltas disciplinarias que darán lugar a la acción e imposición de sanciones.

En concreto y atendiendo los fines de estudio que ocupan nuestra atención, el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, establece que es falta gravísima, 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. Tan crucial asunto será objeto de mayor análisis en su acápite correspondiente.

En cuanto al desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005, declaró la exequibilidad condicionada de este texto normativo, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación de las reglas de la contratación pública, el artículo 28 de la Ley 80, establece que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata la ley contractual, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. El principio de la buena fe, además es de estirpe

Constitucional y está consagrado en el artículo 83 de la Carta, en dirección a señalar que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Como si fuera poco los Principios Generales del Derecho también son fuente orientadora del ejercicio contractual, particularmente los principios generales del Derecho Público que se estima son: el principio de legalidad; la separación de funciones; los principios limitadores del derecho sancionatorio y el debido proceso. Pero estos se retroalimentan con los principios generales del Derecho Privado, los cuales se conocen como la prohibición del enriquecimiento sin causa; la prohibición del abuso del derecho; la buena fe; la tolerancia del error común; la prohibición del fraude a la ley y la teoría de la imprevisión, todos los cuales aplicados a la materia contractual serán explicados en su momento, sin desconocer la polémica que pueda generar al criterio de subsidiaridad que se plantea en el artículo 230 de la Carta Política Colombiana, cuando expresamente dice que los principios generales del derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la Ley, es decir, en caso de obscuridad o vacíos normativos.

En ese orden de ideas, adquiere gran importancia la interpretación de los predicados normativos del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, porque de allí surgen la equidad y demás principios del derecho que prestan una solución justa a los conflictos jurídicos que no tienen una regulación normativa directa o expresa. Basta entonces acercarse a la jurisprudencia constitucional, particularmente a la Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz o a la Sentencia C-820 del 4 de octubre de 2006, MP Dr. Marco Gerardo

Monrroy Cabra.

Finalmente, completa ese marco integrador principialista el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo que consagró los principios orientadores que guían la función administrativa, así:

Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del *principio de economía*, 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 ordene en forma expresa.

En virtud del *principio de celeridad*, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En virtud del *principio de eficacia*, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones

inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado.

En virtud del *principio de imparcialidad* las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos <sic>.

En virtud del *principio de publicidad*, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

En virtud del *principio de contradicción*, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

La misma norma, establece que las autoridades públicas deben observar estrictamente estos principios en todas las fases de la contratación y los reglamentos de las instituciones en materia contractual deben guardar plena armonía con su preservación y aplicación.

La doctrina también se ocupa de la importancia de los principios en materia contractual, las referencias se dirigen a expresar como mientras en la contratación privada domina la autonomía de los contratantes como fuente de obligaciones en la contratación estatal los principios se guían por un criterio rector que es el interés general y los cometidos estatales previstos en los artículos 1 y 2 Superiores.

En ese sentido, la Carta Política claramente nos informa que en la medida en que Colombia es un Estado Social de Derecho prevalece el interés general y en esa dirección son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para sus logros, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Pero además, de forma consecuente con los predicados constitucionales, la Ley 80 de 1993, al establecer su objeto, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas y más adelante como ya se anotó su artículo 23 se ocupa de precisar que estos son básicamente los principios de transparencia, economía y responsabilidad en completa armonía con los predicados normativos del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. Esto significa que la actividad contractual estatal hace parte integralmente de la actividad administrativa cuya finalidad se dirige a satisfacer las necesidades de la comunidad, es decir tanto la actividad contractual como expresión también de la actividad administrativa ha de ajustarse en estricto sentido a los postulados que para la función administrativa prevé el artículo 209 Superior.

Cabe recordar, como el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo establece:

Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

Y enseguida fija los principios orientadores de las actuaciones administrativas. Ahora bien, ese interés general, al que hace referencia tanto la norma Superior como la ley administrativa, se expresa materialmente, en la medida en que la actividad contractual estatal protege los intereses de todos los asociados, es decir la ciudadanía a la que se dirige la contratación que realiza el Estado, por ejemplo, en materia de obras de infraestructura, de obras públicas, en la prestación de servicios públicos esenciales (salud, justicia, servicios públicos domiciliarios, etc.), en materia social (programas de bienestar social a poblaciones vulnerables, etc.) y esa actividad se cumple en términos contractuales a través de funcionarios y personas vinculadas a las entidades públicas las cuales además de cumplir con los principios de la contratación estatal cumplen responsabilidades que les encomienda la Constitución, la ley y los reglamentos de las entidades so pena de incurrir en faltas disciplinarias que serán sancionadas por el Estatuto Disciplinario. En la otra arista están los contratistas que son particulares que terminan ejerciendo o prestando un servicio público o coadyuvando a la prestación del mismo y que también tienen unos deberes que cumplir en las distintas fases de la actividad contractual, entiéndase la etapa de formación del contrato, precontractual, contractual o de ejecución propiamente dicha o postcontractual.

Para una y otra parte (entidad contratante y particular contratista) existe la obligación de cumplir con los principios de transparencia, economía y responsabilidad *“porque la actividad contractual del Estado debe ser pulcra, ágil y quien la adelante en indebida forma responderá por sus actos. Quiso en consecuencia el legislador asegurar la aplicación de estos principios elevando a la categoría de falta disciplinaria su desconocimiento”*.

De igual forma, en el preciso momento en que el Legislador le da expresa facultad al ejecutivo para reestructurar y modernizar el Estado, a través de los artículos 3 y 4 de la Ley 489 de 1998, establece como principios y finalidad de la función administrativa, en su orden que la función administrativa se debe desarrollar atendiendo lo ordenado por los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Los anteriores principios por expreso mandato legal también se aplican en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen y deben ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

En cuanto a las finalidades de la función administrativa, a la cual se integra o forma parte de ella la actividad contractual, como ya se indicó, esta busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. En esa dirección, los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando siempre y sin excepción el interés general.

Pero asisten adicionalmente a la función administrativa tres (3) principios establecidos en el artículo 288 de la Constitución Política y 5 de la Ley 489 de 1998 y son los relativos a las competencias de la administración, señalando las citadas normas que La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Ya se indicó que el Estatuto Contractual establece en su artículo 23 los principios de transparencia, economía y responsabilidad, como aquellos preceptos esenciales que guían la actividad contractual estatal y que ellos en su conjunto y en cada etapa de la actividad contractual deben cumplirse de forma estricta.

En ese orden de ideas, en las distintas modalidades de contratación, bien sea: licitación pública; concurso de méritos; selección abreviada o contratación directa, deben observarse tanto los principios contractuales como aquellos que corresponden a la actividad administrativa.

Ahora bien en casos, como los autorizados en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, calificados como excepcionales, es decir, la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

Para ejemplificar, en una sola de las modalidades si se observa, la Ley al hacer referencia a la modalidad de contratación directa, expresamente está señalando para este tipo de contratación la observancia estricta de los principios que guían la actividad contractual. En esa dirección, la norma indica que la contratación directa solamente procede en los casos de (a) urgencia manifiesta; (b) contratación de empréstitos y (c) contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada tal como lo prevé la propia Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

Ahora bien, en aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de

contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política, que hace referencia a la autonomía universitaria.

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

También prevé la contratación directa la Ley 1150, para: (i) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición; (ii) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; (iii) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público; (iv) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; (v) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (vi) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

En los casos anteriores, la entidad estatal debe justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de

selección que se propone adelantar y el procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2° del artículo 2 de la Ley 1150, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: (1) Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos; (2) Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del artículo 2 citado, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10) y será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del artículo 2, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

De otra parte, el Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Además, las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes. Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo.

Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2° del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo. La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos. En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.

Finalmente, hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección.

En todo este proceso, se deben también observar en sentido estricto los mencionados principios, es allí donde el operador disciplinario, entre a evaluar o verificar si “en primer lugar, la contratación directa se enmarca dentro de los eventos autorizados para emplear tal modalidad y, seguidamente si la escogencia estuvo desprovista de los requisitos *sine qua non* que debían tenerse en cuenta, lo cual afecta flagrantemente el interés general como finalidad propia de la contratación estatal”.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Sentencia del 29 de enero de 2009, señaló entorno a la contratación directa:

Hoy en día, la ley autoriza expresamente a la Administración Pública....para adelantar procedimientos de **contratación directa** en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un procedimiento como el licitatorio. No obstante, **tal autorización del legislador, no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones. En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en**

general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que “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 (...)” y en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3º, conforme al cual **las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción**. El ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de la contratación directa, sólo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación pública; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado. Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas **la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales**, que sólo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada. Se trata entonces, de **desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan**, propendiendo por una escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general (negrilla por fuera del texto original).

Tal postura del Consejo de Estado, no solamente resulta de máxima utilidad para el ejercicio de la actividad administrativa y contractual, sino que además en ella reitera su precedente jurisprudencial, comoquiera que en el mismo sentido se pronuncio dicha Corporación en sendos fallos del 10 de agosto de 2000 y del 3 de diciembre de 2007.

Ahora bien, la doctrina ubica la contratación directa, como una modalidad “(...) *que tiene sentido dentro de un marco jurídico encaminado y marcado por una serie de principios que son importantes. Cada causal para llevar a cabo este procedimiento de selección, tiene lógica dentro de esos mismos principios, porque hay razones para que muchos de los trámites usuales que se dan en el marco de la actividad estatal, no se den en el caso de la contratación directa (...)*” (negrilla por fuera del texto original).

En cualquiera de las modalidades de la contratación pública toma fuerza la aplicación de los principios que rigen dicha actividad, comoquiera que estos son garantía de preservación en el ámbito de la contratación pública del interés general de los asociados y de las finalidades del Estado Social, Democrático y Participativo de Derecho.

Todo lo anterior, permite arribar a una primera conclusión y es que independientemente de la modalidad de contratación que corresponda al caso en concreto, esto es, licitación pública; concurso de méritos; selección abreviada o contratación directa, es imprescindible observar con estricta rigurosidad los principios que rigen la función administrativa desde el orden Constitucional; del Derecho Administrativo y del Estatuto Contractual.

En ese sentido, corresponde al Estado salvaguardar el interés general, razón por la cual impone a los contratistas en el marco de la contratación estatal determinadas reglas dirigidas al cumplimiento de tal cometido, *“parte de esa regulación está centrada en los principios que dirigen la actividad contractual del Estado y a los que deben atender aquellos, esto es, a quienes se les ha encomendado la ardua labor de cumplirlos y hacer que se cumplan”*.

El Estatuto de Contratación Estatal, constituye un catálogo de normas principios y reglas que regulan la actividad contractual de la administración, por oposición al régimen de contratación estatal anterior contenido en el Decreto ley 222 de 1983 que regulaba los contratos administrativos y los de derecho privado de la administración del orden nacional y de sus entidades descentralizadas. Así, encontramos que sólo se le aplicaba a las entidades del orden nacional; mientras que a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas sólo las regía los principios generales de contratación allí contenidos, porque en los demás operaban los estatutos de contratación administrativa expedidos por los Concejos Municipales, Distritales, y por las Asambleas Departamentales.

La contratación estatal bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, ofrecía múltiples dificultades para el juzgamiento disciplinario de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, en la medida en que no existía un estatuto único de contratación y tanto a las Personerías Municipales como a la Procuraduría General Nación le correspondía investigar los contratos suscritos por las entidades públicas nacionales, las departamentales y municipales, con un estatuto de contratación diferente, ya que para cada departamento o municipio la asamblea o el concejo dictaba su propio estatuto o las regulaba en el Código Fiscal respectivo.

Como las faltas disciplinarias de naturaleza contractual siempre han sido abiertas, el juez disciplinario en ocasiones se enfrentaba a la situación de que no conocía el estatuto de contratación territorial aplicable a cada contrato, debiendo solicitarlo al ente territorial para proceder a juzgar disciplinariamente la conducta contractual, y en la práctica el operador jurídico realizaba un curso acelerado de cada estatuto para disciplinar cada comportamiento contractual.

Durante la vigencia del anterior Código Disciplinario Único, todas las faltas disciplinarias de naturaleza contractual eran leves o graves, y excepcionalmente eran gravísimas, y sólo daba lugar a la configuración de faltas disciplinarias gravísimas la suscripción del contrato estatal con violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, o en el evento en que con ocasión del contrato estatal se generara un detrimento patrimonial al Estado. El decreto ley 222 de 1983 era un estatuto que sólo contenía normas reglas en tanto eran de obligatorio cumplimiento y no le daban margen al contratista público de gerenciar el contrato y tomar las decisiones contractuales de acuerdo a circunstancias que debía valorar el servidor público en su oportunidad, sino que por el contrario el servidor público debía tomar la decisión de manera obligatoria consultando la consecuencia jurídica que la norma le asignaba al supuesto de hecho sin ninguna otra consideración.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 derogó el decreto 222 de 1983, quedando definida como el estatuto que le atribuye al agente estatal contratante herramientas gerenciales, asignándoles unas competencias al servidor público para comprometer la responsabilidad contractual del Estado, de tal manera que frente a un mismo presupuesto de hecho la norma le atribuye múltiples

consecuencias jurídicas, y de ellas el contratista público escoge la que mas le conviene a la administración.

Es así como, podemos afirmar que el derecho público de los contratos estatales está compuesto por un conjunto de principios de contratación estatal en tanto son normas de naturaleza abierta, que no contienen mandatos imperativos, sino la descripción de un supuesto de hecho y frente a ella le asigna múltiples consecuencias jurídicas para que el contratista público de manera motivada en cada caso concreto, escoja aquella alternativa de solución, bajo consideraciones de que sea la mas conveniente para la administración, permitiéndole así la realización de los fines que el Estado se propuso alcanzar cuando suscribió el contrato estatal.

A *contrario sensu*, las normas reglas de contratación estatal, son aquellas que regulan el procedimiento de selección de los contratistas, el procedimiento de formación del contrato; de tal manera que contienen a manera de descripción de conductas, supuestos de hecho que tienen una sola consecuencia jurídica; debiendo el contratista público tomar de manera obligatoria la única decisión prevista en ella.

De allí, que afirmemos que las normas reglas son de naturaleza cerrada y de carácter imperativo, es decir de obligatorio cumplimiento. La mejor manera de explicarlo, es analizando la forma como el decreto ley 222 de 1983 regulaba la caducidad administrativa, tenía previsto que cuando el contratista incumpliera de manera grave el contrato que diera lugar a la paralización de la obra o la suspensión en la prestación del servicio, el Estado contratante tenía

el deber de declarar la caducidad administrativa del contrato. Como vemos, una vez verificado el presupuesto de hecho la administración no tenía alternativa diferente a la declaración de caducidad so pena de incurrir en el delito de prevaricato por omisión y en una falta disciplinaria por vía de omisión.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993-Caducidad Administrativa del Contrato-, convierte la anterior norma regla en norma principio, en la medida en que retoma los mismos supuestos de hecho, en el sentido que si en la ejecución de un contrato se presentan hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Aún declarando la caducidad administrativa del contrato, la administración de manera motivada conforme al principio de razonabilidad y proporcionalidad puede decidir la toma de posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Pero si la administración contratante considera que lo mas conveniente para la administración no es la declaración de caducidad del contrato, de manera válida y amparada en la misma norma jurídica, puede abstenerse de declararla, y en su lugar adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado y en este caso la ejecución del contrato continua realizándose por parte del mismo contratista estatal. Es por ello, que afirmamos que las normas principios contienen múltiples alternativas de solución

frente a un caso concreto, cosa que no se presentaría si la Ley 80 de 1993 fuera un estatuto de reglas y no de principios.

Como quiera que las faltas disciplinarias de naturaleza contractual tienen el carácter de abiertas, se hace necesario precisar que el derecho público de los contratos estatales está integrado por distintos regímenes de contratación estatal que se encuentran dispersos en el ordenamiento jurídico, lo que posibilita los constantes errores de derecho por parte de los operadores jurídicos contractuales; ya que la ley 80 de 1993 es el régimen general de contratación que contienen normas principios y normas reglas, pero existen otros regímenes de contratación que contienen normas reglas aplicables a ciertos contratos estatales en razón a la naturaleza jurídica del ente público contratante o contratista, y otros en razón al objeto del mismo.

Las conductas o comportamientos contractuales están descritas en el derecho público de los contratos estatales, y la sujeción de estos a sus prescripciones es lo que conocemos como contratación debida; mientras que su no conformidad con el principio de legalidad da lugar al control contencioso administrativo contractual, y luego al estar descritos como falta disciplinaria y como delito, conduce al órgano estatal a ejercer la acción disciplinaria y penal como consecuencia de lo que conocemos como contratación indebida, es decir se tipifican delitos y faltas disciplinarias.

El régimen jurídico de los contratos estatales que está integrado por normas reglas y principios que conforme a la definición de Ronald Dworkin, las primeras están redactadas en términos concretos y operan dentro de un esquema de *“todo o nada”*, es decir, una vez se verifique el

supuesto de hecho contenido en la norma, a este se le atribuye la consecuencia jurídica de manera inmediata, pues el nexo entre hechos y conclusión jurídica a través de una regla es automático, como por ejemplo, el acto administrativo de adjudicación del contrato es irrevocable, salvo las excepciones previstas en ley, es decir, cuando se pruebe que el proponente obtuvo la adjudicación por medios ilegales, o sobrevenga una causal de inhabilidad o de incompatibilidad.

Las normas principios en cambio, contienen un presupuesto de hecho, y distintas alternativas de consecuencias jurídicas para que el operador jurídico en cada caso concreto, escoja la alternativa que más le convenga a la administración; como en el caso de la caducidad administrativa del contrato estatal en el que una vez se presente el incumplimiento grave que ponga en peligro la ejecución del objeto del contrato, la norma prevé que la administración pueda tomar una entre varias opciones que le da la ley, con la carga de escoger aquella que más convenga al interés público. Entre la ocurrencia del presupuesto de hecho y la decisión que debe tomar la administración existe una instancia intermedia de razonamiento que permite escoger una de las distintas alternativas de manera motivada, ya que el contratante estatal no tiene discrecionalidad para escoger la alternativa que prefiera.

Si frente a un mismo supuesto de hecho existen distintos principios encontrados, se observa que la aplicación de uno no implica el desconocimiento del otro, porque los dos principios sobreviven aunque el uno prevalezca sobre el otro para ese caso concreto; como cuando el principio de selección objetiva exige la licitación pública para la escogencia del contratista, pero por razones de calamidad pública previa declaración de urgencia manifiesta se contrata

directamente con un sujeto que se encargue de prestar los auxilios a los damnificados del desastre natural. En este caso tanto pervive el principio de selección objetiva, como el de transparencia y economía; pero prevalece el principio del interés público de los damnificados, ya que el objeto del contrato es solo por el justo término que la fuerza mayor lo exige. La aplicación de las normas reglas implica, que no pueden coexistir dos reglas contradictorias porque la expedición de una implica la derogación de otra, es decir, nos encontramos frente a la exigibilidad de una conducta

En la aplicación de los principios contractuales encontramos que si el operador jurídico debe escoger una consecuencia jurídica entre las múltiples que ofrece una norma frente a un mismo supuesto de hecho, o que debe escoger la aplicación de un principio de contratación frente a otros que se le oponen en un caso concreto, el operador jurídico debe solucionar el caso realizando un test de proporcionalidad y razonabilidad, de tal manera que la aplicación de un principio o de una de las alternativas o consecuencias previstas en la norma no implique el desconocimiento del otro de un solo tajo, como tampoco la vulneración del núcleo esencial de la norma, vale decir, que la solución jurídica escogida permita cumplir con el fin previsto por el legislador en la norma, que para el caso de los contratos estatales la decisión debe ser aquella que más le convenga a la administración al ser la que permite lograr los fines estatales de la contratación. La aplicación de las reglas, es diferente ya que en este caso es irrelevante analizar cual de las dos normas contradictorias tiene mayor importancia, porque la operación jurídica para la aplicación de las reglas consiste en definir cual de las dos está vigente

Si bien en el ordenamiento jurídico no es fácil identificar cuándo una norma tiene la característica de regla o de principio, para el caso de la contratación estatal hemos establecido que dada la naturaleza de la gestión contractual, es posible identificar cuándo estamos en presencia de una u otro tipo de norma. Las normas principios de contratación estatal, son aquellas que constan de dos partes: La primera contiene la descripción de la conducta, comportamiento o actuación de los sujetos contractuales; y la segunda contiene la consecuencia jurídica que consiste en las facultades que le asigna la norma al operador jurídico, que en este caso son los sujetos contractuales para actuar en uno u otro sentido, teniendo en cuenta que son muchas las alternativas de solución que da la norma. Cualquiera de las alternativas que escoja la administración contratante o el contratista particular es legal porque está amparada en la norma, pero el operador jurídico frente a cada caso concreto no tiene discrecionalidad para escoger cualquiera de ellas, porque en este ejercicio jurídico tiene límites, ya que sólo puede escoger aquella alternativa que más le convenga a la administración, y que le permita la materialización de la protección de los recursos públicos, la efectiva prestación de los servicios a cargo y que pueda concluir que estamos en presencia de una gestión fiscal económicamente rentable y conveniente para el Estado.

Los conflictos entre normas principios se solucionan con el test de ponderación, los de normas reglas teniendo en cuenta la vigencia o derogatoria de una de ellas, y finalmente los conflictos entre normas reglas y normas principios se solucionan conforme al esquema de las colisiones entre principios, pues la ponderación se hace no entre la regla y el principio, sino entre este y el principio que subyace a la regla. Así, se observa que para la aplicación de las normas que integran los diversos regímenes jurídicos del derecho público de los contratos

estatales, aplicaremos la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico que contiene el deber-ser de los contratos estatales, tanto para los casos fáciles como para los difíciles; debiendo el operador jurídico argumentar su decisión en los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional. El derecho público de los contratos estatales, está compuesto como dijimos antes, por normas reglas y normas principios, distribuidas en tres regímenes así: a) El régimen general de contratación contenido en la Ley 80 de 1992 –ECE-; b) el régimen de los contratos especiales en razón al objeto del contrato; y c) el régimen especial de contratación en razón a la naturaleza jurídica de los sujetos contractuales.

1. Régimen General de la Contratación Estatal y tipicidad disciplinaria contractual: Principios y Reglas normatizados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011.

El inciso final del artículo 150 constitucional, facultó al Congreso de la República para expedir el ECE de la administración pública, sin perjuicio que el legislador pudiera expedir diversos regímenes jurídicos especiales, que por la naturaleza de los sujetos contractuales y del objeto de los contratos requirieran un tratamiento jurídico diverso. Es así como la Ley 80 de 1993 junto con sus decretos reglamentarios, constituyen el Estatuto General de la Contratación Estatal –ECE-, integrado por múltiples normas tanto de principios como de reglas, de tal manera que conforme a la Ley 153 de 1887, los principios de solución de antinomias jurídicas son aplicables en materia de contratación estatal, en el sentido que cuando quiera que exista un vacío normativo en un régimen de contratación de carácter especial debemos acudir al régimen general de contratación estatal para llenarlo.

Así las cosas, se observa que de conformidad con el artículo 1° de la ley 80 de 1993 el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública contiene el conjunto de normas reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, entendidas por estas no sólo las que en virtud de la ley tengan personería jurídica, sino también aquellas que no teniéndolas la ley les ha atribuido competencia para contratar, estas son: La Nación, las regiones, los departamentos, provincias, el distrito capital de Bogotá, y los distritos especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles; el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Distritales, Municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil; los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, las Unidades Administrativas Especiales y, en general los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para suscribir contratos estatales.

El ECE, junto con sus decretos reglamentarios constituyen el régimen general de la contratación estatal, y entre sus normas existen tanto principios como reglas de contratación así: El principio de las inhabilidades e incompatibilidades, que están previstas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 como causales genéricas de contratación, transversales a todos los contratos

estatales que deben aplicarse teniendo en cuenta además el régimen de inhabilidades específicas según la norma que regule y organice cada entidad pública contratante, vale decir, para los departamentos y los municipios vamos a encontrar la Ley 617 de 2000, para la Procuraduría General de la Nación el Decreto- ley 262 de 2000, para la Contraloría General de la República el Decreto 267 de 2000.

El principio de la cláusula general de competencia en materia de contratación, está contenido en el artículo 11 del Estatuto de Contratación Estatal, que atribuye a los jefes de cada organismo la competencia para suscribir los respectivos contratos estatales, regulando además las facultades de delegación en desarrollo de este mismo principio, que conocemos como delegación total o parcial previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 37 del decreto 2150 de 1995 y el párrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1998.

De otra parte, encontramos el principio de las potestades excepcionales al derecho común o régimen de exorbitancia de la administración, previstos en los artículos 14 y siguientes del Estatuto de Contratación Estatal- Cláusulas excepcionales al derecho común-, aplicables obligatoriamente a los contratos sometidos al régimen general que tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como también de manera facultativa se pueden pactar en los contratos de prestación de servicios simples, administrativos o profesionales y en los contratos de suministro de bienes y servicios.

Existen contratos suscritos por diversas entidades que no están sometidos a los procedimientos del Estatuto de Contratación Estatal sino a regímenes especiales, que deben ser reglamentados por las correspondientes juntas o consejos directivos como es el caso de las Empresas Sociales del Estado- ESE, y de las Instituciones Universitarias Autónomas de carácter público entre otras. En estos casos, debemos tener en cuenta que estos reglamentos regulan los procedimientos de formación del contrato, así como los contratos en que se pactan o no las cláusulas exorbitantes, es decir, pueden establecer en qué contratos son obligatorias, en cuales son facultativas o cuáles prohibidas, pero en todo caso, serán las previstas en la Ley 80 de 1993 sin que puedan crear otras diferentes a las contenidas en el mencionado estatuto contractual.

De otra parte, encontramos que el registro de proponentes que es un instituto regulado por el ECE en su artículo 22, es un principio general a todos los contratos estatales de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles sin importar el régimen jurídico aplicable, debiendo todas las entidades exigir a los oferentes o proponentes ya sean personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, inscribirse en la Cámara de Comercio de su jurisdicción en atención al domicilio del suscriptor, y deberán estar clasificadas y calificadas en los grupos y subgrupos de acuerdo a la especialidad de cada oferente.

El objeto de tal exigencia, es la seguridad jurídica que ofrece este registro llevado por las Cámaras cuya naturaleza es pública, ya que cualquier persona tiene acceso a dicha información que consiste en el registro de la especialidad del oferentes, de los productos, bienes y servicios en los que es experto, la experiencia en el objeto del contrato, la cuantía de los contratos que ha

ejecutado, su capacidad de contratación, cumplimiento de contratos anteriores, capacidad técnica, administrativa, financiera, relación de equipos, disponibilidad de los mismos, multas, sanciones impuestas, inhabilidades y declaraciones de caducidad administrativo de que haya sido objeto el contratista.

Conforme al artículo 22 del Estatuto de Contratación Estatal el registro de proponentes, no se exige en los casos de la contratación de urgencia manifiesta, de contratación directa previstos en el artículo 24 y 42 *Ibíd*em, respectivamente; de contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas- Decreto No.591 de 1991-, en los contratos de prestación de servicios profesionales, administrativos y simples de bienes y servicios de menor cuantía, en los contratos de concesión de cualquier índole, y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el gobierno nacional; pero debe tenerse en cuenta que esta regulación se traslada a todos los contratos que tienen un régimen especial siempre que este último no disponga otra cosa de manera expresa, pues no tendría sentido que los contratos de obra de las universidades públicas, de las Empresas Sociales del Estado o de las empresas de servicios públicos domiciliarios-ESP- de carácter público puedan suscribir contratos con oferentes que no estén inscritos en el registro de proponentes, ya que se desvirtuaría el fin que previó el legislador para señalar tal exigencia que no cambia por el hecho que el contratante sea una u otra entidad estatal.

El mismo Estatuto de Contratación Estatal dispone en su artículo 23, que los principios orientadores de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, son el de transparencia, economía y responsabilidad, a mas de los principios de la función administrativa previstos en el

artículo 209 constitucional, así como los principios de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los principios especiales del derecho administrativo.

La Ley 80 de 1993 entonces, constituye un estatuto de principios debido a que en la práctica contractual se puede presentar en la ejecución del contrato múltiples contingencias, que pueden ser o no previsibles. Por las características de los objetos de los contratos estatales, es imposible que la ley pueda regular cada situación, razón por la cual ha configurado normas generales- principios que contienen eventos, acontecimientos, actuaciones o comportamientos de los sujetos contractuales presentes y futuros, de tal manera que se puedan adecuar a la regulación previa contractual sin necesidad que el legislador produzca cambios normativos. Con ello se busca evitar el excesivo reglamentarismo y el casuismo en la contratación estatal que nos conducía a la mayor inseguridad jurídica que era bastante peligrosa, tanto para la administración de los asuntos públicos como para los justiciables, ya que los jueces penales, disciplinarios y fiscales podrían aplicarlo con distintas líneas doctrinarias y jurisprudenciales al interior de una misma disciplina jurídica y de un mismo régimen de responsabilidad, vulnerando el principio y el derecho fundamental a la igualdad trato de los justiciables frente a la Ley. El Estatuto Contractual contiene instituciones que son transversales a toda la contratación estatal, tales como la definición de todas las entidades públicas o mixtas con o sin personería jurídica que pueden suscribir contratos con el Estado, así como la definición de servidores públicos para efectos de la contratación estatal, en tanto sean personas naturales o jurídicas que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades, con excepción de las asociaciones o fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predica exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles

directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas, así como los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas.

Así mismo, la finalidad de la contratación estatal es transversal a toda la contratación pública, aplicable aún a la contratación de las entidades con regímenes especiales de contratación, cuyo alcance está previsto en el artículo 3° de la ley 80 de 1993, cuando señala que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por su parte, los particulares, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar los contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”*.

En cuanto a los deberes y obligaciones de los servidores públicos que actúan en nombre del contratante o contratista público, se observa que estos están previstos en los artículos 4° y 5° del Estatuto de Contratación Estatal E, en cuanto los deberes-derechos no sean incompatibles con el régimen especial de contratación estatal aplicable a una entidad pública, así:

El primer deber de todo contratante público, es exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, así como también se le puede exigir al garante. En este caso, no existe contrato estatal en donde el servidor público responsable de la

gestión contractual estatal esté exento de este deber, a tal punto que si se trata de un contrato en donde se aplica por ejemplo el régimen de contratación previsto para los contratos del sector salud, los procedimientos de selección del contratista serán conforme a este régimen especial, pero los deberes del contratante público serán los mismos previstos en la Ley 80 de 1993, que es el régimen general. Desde luego, esta exigencia, sólo se le puede hacer al garante en los contratos estatales donde se exija y sea obligatorio el contrato de seguros, porque si se trata del contrato de empréstito que está exento de garantía desde luego no le será aplicable al servidor público exigir el cumplimiento del contrato al garante.

Es importante señalar, que si bien la dirección, inspección, vigilancia y supervisión del contrato estatal, en virtud del principio de responsabilidad es del jefe del organismo o representante legal de la entidad pública contratante, sin perjuicio de la delegación contractual, debe tenerse en cuenta que las administraciones públicas contratantes en virtud de la ley contractual, y del principio de razonabilidad, de confianza y de división y especialización del trabajo, confían en los supervisores e interventores el seguimiento a la ejecución de los contratos.

De allí, que desde el punto de vista disciplinario, el operador jurídico no puede partir del principio de que probada la falta, inmediatamente la imputación debe ser para el jefe del organismo contratante estatal o para su representante legal según el caso, porque estaría incurriendo en la aplicación de responsabilidad objetiva, constitucionalmente proscrita.

Le corresponde al operador disciplinario, individualizar la conducta para así atribuir la responsabilidad, partiendo del manual de funciones, del manual de contratación si lo hubiere,

de las delegaciones y desconcentraciones contractuales, de los manuales de interventoría, de las obligaciones adquiridas por los interventores en sus respectivos contratos, o del encargo de interventoría o supervisoría que hizo la administración para los casos en que la Entidad le confía este encargo a servidores públicos.

El segundo deber del contratante público, es adelantar las gestiones necesarias para hacer efectivas las sanciones pecuniarias tales como las multas y la cláusula penal pecuniaria, así como la efectividad de las garantías a que hubiere lugar.

Este deber hace relación a la responsabilidad de la administración pública contratante de adelantar los procedimientos administrativos y contractuales correspondientes a fin de que previa garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, se apliquen las multas, las cláusulas penales pecuniarias siempre que se hayan pactado y las garantías, cuando quiera que se haya incurrido en incumplimientos parciales de las obligaciones para que en el caso de las multas se conmine al contratista a cumplirlas dentro del plazo.

En relación a la penal pecuniaria, hace relación a que la administración debe adelantar los procedimientos administrativos previa garantía del debido proceso, cuando quiera que se haya producido un incumplimiento del contrato, a fin de hacer efectivas las garantías y resarcir los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

De manera autónoma, existen otros siniestros amparado por las garantías contractuales, que deben ser declarados cuando se pruebe que se incurrió en una de las causales de siniestro de la

seriedad del ofrecimiento, del correcto manejo y adecuada inversión del anticipo, cuando haya lugar a la caducidad etc.

La norma exige eficiencia y diligencia en la aplicación de multas, penales pecuniarias y garantías, pero dada la regulación que de ellas hace la ley 1150 de 2007, es necesario precisar que debe garantizarse el debido proceso que se encuentra reglado en los manuales de contratación de las entidades públicas, o en sus procedimientos internos, en sus manuales de inventorías, o en los mismos contratos.

De allí, que en ocasiones, los procedimientos se toman su tiempo, ya que el inicio de los mismos tiene su regulación, como que debe el interventor solicitarlos a la entidad contratante, esta debe formular la imputación o formular el requerimiento de explicaciones, la presentación de los descargos, la práctica de las pruebas, la decisión mediante acto administrativo, las notificaciones personales o por edicto, la vía gubernativa etc. Ello hace que de manera razonable, necesariamente debe la administración agotar esas etapas, y en ese marco donde se debe valorar por el operador disciplinario el cumplimiento del deber.

Téngase en cuenta que si se iniciaron procedimientos de caducidad, simultáneamente con declaratoria de penales pecuniarias y de multas, y por otro lado se produce la cesión del contrato, una vez sea aceptada la cesión por parte de la Entidad pública, la administración debe proceder a cerrar el procedimiento de caducidad, puesto que cesión y caducidad es la antítesis. La cesión garantiza la continuidad del mismo contrato con otro contratista-cesionario, y la caducidad implica a muerte jurídica del contrato, lo que implica que al ser antónimas, no puede

coexistir, no hay cesión compatible con caducidad, ni caducidad compatible con cesión.

De otra parte, tampoco es compatible la cesión del contrato, con la continuidad de los procedimientos de multa, que a la fecha de cesión no hayan culminado con acto administrativo debidamente ejecutoriado, puesto que el cesionario que toma el contrato no se le puede aplicar la multa puesto que el no hace parte del procedimiento, pero lo sustancial es que no se le puede imponer multa porque no fue quien incumplió. Tampoco al contratista cedente se le puede imponer multa, por cuanto la ley 1150 de 2007 le asigna a las multas el carácter conminatorio, lo que quiere decir que al contratista solo se le puede imponer multas si está en posibilidad de cumplir, y como ya este cedió la obligación de ejecutar el contrato en un cesionario, tampoco se le puede imponer.

Distinto, son los procedimientos de aplicación de garantías o de incumplimiento administrativo del contrato para imponer la cláusula penal pecuniaria. En este caso, como quiera que la actuación trasciende a la cesión, la administración contratante debe continuar con el procedimiento así se haya cedido el contrato, pero contra el contratista cedente, a menos que el contratista cesionario asuma la reparación que persigue el procedimiento, o que asuma su pago el cedente.

El tercer deber, es el de solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, cuando sea por causas imprevisibles o previsibles no atribuidas al contratista estatal;

Las administraciones públicas contratantes, en ocasiones frente a este deber asumen un papel pasivo. La mayoría de las veces, se observa que es el contratista estatal quien le solicita a la administración pública contratante la revisión de los precios, el restablecimiento del equilibrio económico etc.

Este deber implica, obligaciones bilaterales de los servidores públicos. Esto es , que cuando sea el contratista quien solicite el restablecimiento del equilibrio económico o la revisión de los precios, y se den las causales y las circunstancias previstas en la ley y los contratos, la administración debe proceder a revisar y a restablecerle la ecuación contractual, sopena de incurrir en falta disciplinaria.

Si la administración pública tiene limitaciones presupuestales, así deberá reconocerlo, o buscar alternativas, tales como la conciliación prejudicial etc. Pero la administración pública en ocasiones observa que procede la revisión y/o el restablecimiento de la ecuación contractual, y no obstante no lo hace, con el fin de evitar glosas de los órganos de control, o porque a veces es política de las entidades no reconocer por vía administrativa este tipo de peticiones, o porque prefieren que sean los jueces los que sean pronuncien, o porque en ocasiones tales reclamaciones económicas son atribuibles a actuaciones negligentes de los funcionarios a cargo del contrato, y por ello niegan tales peticiones porque si acceden entienden que es reconocer su propia culpa, y en esos eventos se colocarían en el escenario del derecho disciplinario o fiscal.

Al respecto debo manifestar, que aunque no es usual que se adelanten investigaciones disciplinarias por éstas conductas, observamos que si existe el deber descrito en el Estatuto

Contractual y en el Código Disciplinario Único, igualmente podría iniciarse por estos hechos una causa disciplinaria.

El cuarto deber-derecho es el de solicitar las revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra estos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan, y deberán hacer revisiones por los menos cada seis meses siempre que las garantías estén vigentes.

En este caso existe en para el ente público contratante un tópico de doble dimensión. De una parte el deber de la administración, ya sea directamente o a través del interventor o supervisor, según lo estipule el contrato o el manual de interventoría y supervisión de la Entidad, de exigir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, y de otra parte, la entidad pública tiene el derecho de exigir por los medios legales y contractuales el cumplimiento del contrato al contratista.

Así las cosas, el derecho y deber de la entidad en relación al contrato se contrae a los siguiente:

El deber y al mismo tiempo el derecho del ente público contratante de exigir al contratista-interventor o supervisor, la realización de revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, a fin de establecer el alcance cualitativo y

cuantitativo de las mismas, esto es la cantidad en razón al cronograma e avance en obras, y si éstas reúnen además los requisitos de calidad según los estudios previos, el pliego de condiciones, la oferta y el mismo contrato.

Así mismo existe el deber-derecho del ente público contratante de promover las acciones de responsabilidad contra los contratistas y sus garantes, esto es cualquiera de las modalidades o mecanismos de cobertura del riesgo asegurable.

Las entidades públicas contratantes, tienen el deber-derecho de realizar las revisiones de las obras ejecutadas y de los bienes y servicios suministrados, por lo menos cada seis meses, en los eventos en que el plazo total del contrato supere el mencionado término, y siempre que tanto las garantías en general como los distintos mecanismos de cobertura del riesgo se encuentren vigentes y con posibilidad de aplicarse y hacerse efectivos.

El quinto deber del contratante público, es el de exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajusten a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia, por ejemplo las normas técnicas ISO 9000.

Es importante señalar, que las entidades públicas contratantes tienen el deber de exigir la calidad de las obras, bienes y servicios adquiridos y que éstas además se ajusten a las normas técnicas obligatorias. Encontramos que el Código Disciplinario Único en su artículo 48, numeral 35, describe como falta disciplinaria, la omisión del interventor de realizar este tipo de exigencias al contratista. Quiero señalar, que este tipo disciplinario hace referencia es a la obligación del interventor de exigir el cumplimiento del contrato respecto del contratista, pero si éste está cumpliendo sus obligaciones, y el incumplimiento se deriva de una actuación por vía de acción u omisión por parte de la administración contratante, no le es dable al operador disciplinario exigirle explicaciones al interventor por no requerir a la administración pública contratante a que cumpla con sus obligaciones, puesto que éste vigila el cumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del contratista, y respecto de la administración basta con que el interventor señale el incumplimiento por parte de la misma, para salvar su responsabilidad, pues es la administración contratante la que tiene que aceptar que el interventor es un representante técnico, administrativo, contable frente al contrato y por ende ajeno al contrato.

El sexto deber, es el de adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado, así como sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

La Entidad pública contratante, una vez se presenten las circunstancias que dieron lugar a la

ocurrencia del daño contractual, puede adelantar ante los Procuradores Judiciales Administrativo las conciliaciones prejudiciales a que haya lugar, y a las conciliaciones judiciales, con el fin de lograr la reparación de daño contractual ocasionado. Pero observamos que igualmente, si bien esto se puede hacer durante cualquier momento de la ejecución del contrato, las partes pueden acordar la reparación del daño contractual ocasionado en el momento de la liquidación total o parcial del mismo.

El séptimo deber, es adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, concurso, selección abreviada, o de contratar en los casos de contratación directa.

Para lo cual debe utilizarse los mecanismos de ajuste y revisión de precios que se hayan pactado, ya sea la inflación, la devaluación o las fórmulas matemáticas de actualización, así como acudirán las partes a los procedimientos de revisión, corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución; y pactarán los intereses moratorios, siempre que sean causales razonables de mora en que pueda incurrir la administración y por causas justificables, y en el caso en que no se pacten intereses moratorios se puede aplicar la tasa equivalente al doble del interés civil sobre el valor histórico actualizado.

El octavo deber, es que los servidores públicos contratantes actuarán de tal manera que por causas imputables a ella, no sobrevenga una mayor onerosidad en el

cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Lo anterior, de tal manera que en el menor tiempo posible se corrijan los desajustes que pudieren presentarse, acordando los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Por su parte, los servidores públicos responsables de la gestión contractual estatal incurrirán en desconocimiento de los derechos de los contratistas y por ende en faltas disciplinarias, cuando en virtud de lo previsto en el artículo 5º del Estatuto de Contratación Estatal se presenten las siguientes circunstancias:

- a) Cuando no reconocen en forma oportuna la remuneración pactada al contratista, y no le mantienen el valor intrínseco de la misma, alterándola o modificándola durante la vigencia del contrato sin justificación objetiva alguna; y cuando la entidad pública no le restablece el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato, así como por consecuencia de la teoría de la imprevisión.

Otro asunto que es transversal a toda la contratación estatal, son las distintas modalidades de sujetos contractuales, ya que es el artículo 6º y 7º de la Ley 80 de 1993 el que señala los

distintos sujetos contractuales particulares, es decir, quiénes pueden concurrir a un proceso selectivo para contratar con el Estado, tales como las personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, los consorcios y uniones temporales, los procedimientos para su formación, representación, acreditación etc.

La competencia para contratar en nombre de una entidad pública, sin importar el régimen de contratación aplicable está reglada en los artículos 11 y 12 del Estatuto Contractual, en tanto dispone que en principio la facultad para ordenar y dirigir licitaciones, concursos, convocatorias, para escoger o seleccionar los contratistas estatales radica en el jefe o representante legal de la entidad, así: Para celebrar contratos en nombre de la Nación, el Presidente de la República, los Contratos Estatales, los Ministros del despacho, los Directores de Departamentos Administrativos, los Superintendentes, los Jefes de las Unidades Administrativas Especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus consejos seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y el Registrador Nacional del Estado Civil; a Nivel territorial, los Gobernadores de los departamentos, los Alcaldes Municipales y de los distrito capital y especiales, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas; las asociaciones de municipios; y los representantes legales de las entidades descentralizadas del orden nacional y territorial tales como establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, sociedades por acciones de capital público o mixtas, empresas promotoras de salud EPS, empresas sociales del Estado –ESE;

fundaciones, corporaciones de capital mixto.

Los representantes legales o los jefes de los organismos, en virtud del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995, puede delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos en servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes, conforme al parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, de tal manera que sin importar el régimen aplicable en cuanto a la formación de los contratos estatales de cada entidad, el régimen de delegación total o parcial está sometido a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal, y en los eventos en que las entidades tengan la facultad de regular la institución en sus estatutos, será conforme los dispongan en estos pero que en todo caso no puede ser contrario a los requerimientos básicos ya señalados.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, regula los principios de la contratación estatal aplicable a todos los contratos estatales sin importar el régimen aplicable, es decir, puede ser de aquellos a los que se les aplica el régimen general como el especial. Así las cosas, ningún contrato estatal está exento de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, los principios orientadores de la función administrativa, el régimen disciplinario que regula las conductas de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, tales como la buena fe, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la imposibilidad de alegar su propia culpa o dolo en su favor etc.

Estos principios se aplican a todos los contratos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal en la forma como este las prevé, y de manera genérica a los demás contratos estatales

sometidos a regímenes especiales conforme a los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional. Es así como, la esencia del principio de transparencia previsto en el artículo 24 del Estatuto Contractual consiste en disponer que en todos los contratos estatales la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los casos previstos por el mismo estatuto, evento en el cual se hará por el procedimiento de contratación directa. Así las cosas, por definición se vulnerará el principio de transparencia contractual siempre que la selección del contratista se realice por un procedimiento distinto al previsto expresamente por la norma, en este caso el ECE establece los contratos de adjudicación directa, tales como:

En todos los casos de menor cuantía; los contratos de empréstitos, en todos los interadministrativos con excepción del contrato de seguro, para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; en los contratos de arrendamientos o adquisición de inmuebles; en los de urgencia manifiesta, en los casos de declaración de desierto de la licitación o concurso; cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación; en los casos de contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional; cuando no exista pluralidad de oferentes ya porque no exista ningún oferente inscrito en el registro de proponentes, porque el oferente tenga en el país la representación exclusiva del bien o servicio o porque el proveedor sea el titular del registro marcario, patente de invención, diseño industrial y sea el único que la pueda proveer, o porque teniendo la licencia de uso del

producto sea el único que lo pueda suministrar en el país.; en el caso de productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de los servicios de salud; los actos o contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los de obra, consultoría, prestación de servicios, contratos de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

El contrato estatal como lo define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*, cuyas tipologías en principio son definidas por el Estatuto de Contratación Administrativa sin perjuicio de las categorías contractuales del derecho privado. Es así como el Estado al igual que los particulares suscribe contratos típicos o nominados, al igual que contratos atípicos o innominados. Sin embargo, el ECE define los principales contratos típicos así:

- a) **Contratos de obra**, son aquellos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación, y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea su modalidad de ejecución y pago, debiendo contratarse a una persona independiente de la entidad contratante para que realice la Interventoría, siempre que el contrato se haya adjudicado mediante el procedimiento de licitación o concurso;

- b) **Los contratos de consultoría**, tienen por objeto la realización de los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, las interventorías, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.
- c) **Los contratos de prestación de servicios**, son aquellos que celebran las entidades estatales con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Son contratos de prestación de servicios simples, cuando el objeto es el suministro de bienes y servicios a la entidad, tales como mantenimiento de equipos, vehículos, vigilancia y seguridad privada; son de prestación de servicios profesionales cuando se contrata con personas naturales o jurídicas, para realizar labores específicas, por un lapso concreto, de manera externa, sin exclusividad, sin dependencia, horario o subordinación y con los propios medios del contratista. La otra modalidad, es la de prestación de servicios administrativos o de apoyo a la gestión de la entidad, que consiste en la realización de labores de aquellas que presta el personal de planta, en un horario determinado y por un lapso definido, siempre que no exista personal en la planta que puedan prestar dichas labores públicas o administrativas, o porque existiendo no están en condiciones de prestarlo de manera suficiente.

- d) **Los contratos de concesión**, son aquellos en donde las entidades estatales entregan a un concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.
- e) **Los contratos de encargos fiduciarios**, son aquellos que consisten en la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos de las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria sometidos a plazos y objetos determinados, con el fin de que la entidad fiduciaria cumpla con las estipulaciones previstas en el contrato que puede consistir en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales del personal vinculado a una obra pública, al pago de la contraprestación de un contrato como consecuencia de la ejecución del mismo a cambio de una cuota de administración.
- f) **Los contratos de fiducia pública**, que consiste en que una entidad estatal con el fin de que sus recursos produzcan la mas alta rentabilidad, deposita en una entidad fiduciaria cierta cantidad de dinero sometido a un plazo y a ciertas condiciones, en

donde los rendimientos financieros son del Estado, pero que la entidad financiera puede pedir como contraprestación una cuota de administración y una participación en los rendimientos financieros que esta haga de los recursos estatales. No obstante, existen otros contratos no descritos en el Estatuto de Contratación Estatal, pero que igualmente los puede suscribir el Estado tomando su definición tipológica del derecho civil y comercial, tales como el contrato de arrendamiento de bien inmueble urbano o rural, contrato de arrendamiento de inmueble de naturaleza comercial, el contrato de donación, de compraventa de bien mueble o inmueble, la promesa de contrato de compraventa y de promesa de contrato de sociedad, contrato de administración etc.

Los contratos estatales sin importar el régimen jurídico aplicable, deberán constar siempre por escrito, y sólo requieren ser elevados a escritura pública ante notario y debidamente inscrito en las Oficinas de instrumentos públicos, en aquellos sometidos expresamente por la ley a formalidades o solemnidades, tales como el de compraventa que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles que requieren la formalidad y protocolización del contrato elevándolo a escritura pública. De allí, que podamos afirmar que en materia de contratación salvo en los casos de urgencia manifiesta, no se pueden reconocer hechos cumplidos, ya que el reconocimiento y pago de la ejecución de los objetos contractuales requiere previo perfeccionamiento del contrato que de conformidad con el artículo 41 del ECE-formalidad del contrato-, ocurre cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito y se haya realizado el correspondiente registro presupuestal.

Igualmente, es transversal a todos los contratos estatales, salvo que normas especiales señalen lo contrario, las limitaciones previstas en el artículo 40 del Estatuto General de Contratación Estatal, en cuanto a que los contratos estatales no pueden ser adicionados en mas del 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales vigentes, así como la estipulación del pago anticipado y los anticipos que no pueden ser superiores al 50% del valor total del negocio jurídico; y aunque en ambos casos deben garantizarse con la respectiva póliza, son incompatibles la coexistencia de los dos tipos de avances de anticipo o del pago definitivo, es decir, son excluyentes.

Así mismo, observamos que las causales de nulidad absoluta del contrato – artículo 44 Ibídem; la facultad de la auto tutela declarativa prevista en el artículo 45; las causales de nulidad relativa y de los efectos de la declaratoria de nulidad, así como del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma son instituciones que se aplican a todos los contratos estatales, siempre que no exista norma especial en contrario.

En cuanto a la liquidación de los contratos, encontramos que el artículo 60 del Estatuto Contractual regula la liquidación convencional de los contratos en la forma como este estipulada en los pliegos de condiciones, términos de referencia o en el contrato estatal, y en su defecto, el contrato se liquida unilateralmente conforme lo dispone el Estatuto de Contratación Estatal y el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, cuatro meses mas dos meses mas, pero en el evento en que no se liquide ni de mutuo acuerdo como tampoco unilateralmente por parte de la administración, las partes pueden acudir a la liquidación judicial del mismo dentro del término de la acción

contractual. Para aquellos contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993, se aplicarán las mismas modalidades de liquidación, siempre que el régimen especial de contratación estatal no regule la materia.

2. Régimen Especial de Contratación Estatal en razón al objeto del contrato y tipicidad disciplinaria contractual.

El propósito inicial del legislador de compilar en el estatuto único las distintas disposiciones de contratación estatal, se vio frustrado ante la proliferación sucesiva de múltiples regímenes de contratación, ya que sin proponérselo de manera premeditada en el período postlegislativo al Estatuto Contractual, las leyes fueron sustrayendo ciertos contratos de su ámbito de aplicación, al punto que hoy podríamos afirmar que la Ley 80 de 1993 si es un estatuto único de contratación estatal pero en materia de normas principios, mas no así ocurre en materia de normas reglas de contratación, ya que existen múltiples regímenes de contratación que regulan distintos procedimientos de formación del contrato que es lo que nos conduce a afirmar que estamos en presencia de un estatuto excepcional de reglas de contratación en tanto existen muchos mas contratos a los que se les aplican reglas y procedimientos distintos a los previstos en el mencionado estatuto.

Es así, como encontramos que existen regímenes de contratación que se les aplica a los contratos estatales dependiendo su objeto, lo que equivale a decir que una entidad pública en razón a cada contrato en particular puede aplicar tanto el Estatuto de Contratación Estatal como normas especiales de contratación, así:

- 1) Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, están exentos de la aplicación de los procedimientos de selección y formación del contrato previsto en la ley 80 de 1993, por disposición del artículo 76 del mismo estatuto, y en efecto todos los contratos cuyo objeto sea esta actividad, así como su comercialización y demás actividades industriales y comerciales propias de todas las entidades estatales que dentro de su objeto social tengan la realización de actividades sobre recursos naturales renovables y no renovables, están sometidas a las disposiciones del Código de Minas, al Decreto Ley 1056 de 1953, modificado por la Ley 10 de 1961 y el Decreto 2310 de 1974, por el cual se expide el Código de Petróleos. Estas normas regulan la concesión minera o de hidrocarburos y los contratos de asociación que suscribe el Ministerio de Minas y Energía, ECOPETROL y la Agencia de Hidrocarburos para la exploración, explotación de yacimientos, la comercialización de los recursos naturales y la concesión de los recursos naturales renovables a que se refiere el artículo 60 del Código de Recursos Naturales.

Las entidades estatales, están habilitadas para determinar los procedimientos de selección de los contratistas mineros y petroleros, establecer en qué tipos de contratos pactan cláusulas excepcionales, las cuantías y trámites a los que deben sujetarse, pero en todo caso deben someterse al principio de selección objetiva y demás principios contenidos en el Estatuto de Contratación Estatal. De allí, que reafirmemos que el régimen especial es sólo en cuanto a los procedimientos de formación del contrato estatal -proceso de selección-, que les permite eludir la licitación o convocatoria pública

y contratar por procedimientos distintos, pactar cláusulas excepcionales según la conveniencia en cada contrato particular, pero en materia de inhabilidades e incompatibilidades son las previstas en la Ley 80 de 1993. Téngase en cuenta el artículo 360 constitucional, la Ley 685 de 2001, que define la regulación legal del contrato de concesión minera, y el Decreto 1760 de 2003 que crea la Agencia Nacional de Hidrocarburo como administradora de integral de las reservas de hidrocarburo de propiedad de la Nación.

- 2) La Ley 105 de 1993 o Ley del Transporte, reguló los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial y dispuso que la unidad administrativa especial de aeronáutica civil tendrá el mismo régimen de contratación previsto en el artículo 38 del Estatuto de Contratación Estatal en cuanto el objeto sea la prestación del servicio de telecomunicaciones y por ello en sus estatutos internos deberá reglamentarse las cláusulas excepcionales, procedimientos y cuantías, conforme al principio de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad, incluyendo los contratos de obras civiles, de adquisición y suministro y demás contratos que se requieran para la seguridad aérea y aeronáutica.
- 3) Los contratos de las Empresas Sociales del Estado. El artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispuso que el régimen de contratación estatal de estas instituciones asistenciales es el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar cláusulas exorbitantes previstas en el régimen de contratación de la administración pública. Como quiera que

la misma norma faculta a las juntas o consejos directivos de las Empresas Sociales del Estado para expedir los manuales de contratación de estas, debe entenderse que el contenido normativo de los contratos es el derecho privado, y que las facultades comprenden la reglamentación de los procedimientos de formación del contrato y la facultad de decidir como regulan el principio de selección objetiva, el de transparencia en la selección de los contratistas, el registro de proveedores, las cuantías y las competencias para contratar, las garantías; pero en todo caso al decidir en qué contratos pactan o no cláusulas excepcionales, tienen el deber de estipular las mismas que están definidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Si la Empresa Social del Estado no ha adoptado su manual de contratación, no significa que esté sometida únicamente a las disposiciones del derecho privado, sino también a los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, cuya violación constituye falta disciplinaria gravísima; tal como la publicidad ineficaz o por medios no idóneos de los procesos selectivos, la sobrefacturación o contratación por encima de los precios del mercado, los sobrecostos del contrato – cuando por adiciones, mayores cantidades de obra o contratos adicionales el contrato termina costando mas de lo inicialmente contratado, la contratación con personas incursoas en causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Por su parte, los contratos para la administración del régimen subsidiado en salud se le aplica el derecho privado, y los entes territoriales pueden seleccionar directamente con la empresa Administradora del Régimen Subsidiado en

Salud- , cuya naturaleza sea de carácter solidario, de lo contrario estaría obligada a convocar un concurso público para tal fin.

- 4) Los contratos para la explotación de los juegos de suerte y azar, están regulados por la Ley 643 de 2001 y los contratos financiados con el Sistema Nacional de Participación en salud y educación conforme a la Ley 715 de 2001.
- 5) Los contratos para la enajenación de activos de las entidades públicas del sector salud, están sometidas el artículo 286 de la Ley 100 de 1993, de tal manera que la junta directiva debe darle prioridad a las personas jurídicas conformadas por ex-funcionarios o en las que ellos formen parte, ofreciéndoles condiciones especiales de crédito y plazos razonables que faciliten la operación, así como también se les puede dar en administración en condiciones preferenciales, evento en el cual se enervan las eventuales inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993.
- 6) Contratos de ciencia y tecnología cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, tales como investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos, difusión, servicios científicos y tecnológicos, proyectos de innovación que incorporen tecnología, transferencia tecnológica y cooperación científica internacional. Este tipo de contratos están regulados por el decreto 393 y 591 de 1991.

- 7) Los contratos del Banco de la República están sometidos al derecho privado, y sus procedimientos de formación están previstos en los estatutos contenidos en la Ley 31 de 1992, que son los estatutos del Banco de la República.
- 8) Los contratos de concesiones y licencias para la explotación de los servicios postales de correo ordinario y mensajería especializada, están sometidos al decreto 229 de 1995.
- 9) Los contratos de concesión de servicios y de las actividades de telecomunicaciones están sometidos al Decreto No.1990 de 1990, en materia de telefonía celular a la Ley 37 de 1993 y los de servicios de comunicación personal-PCS, a la ley 555 de 2000.
- 10) Los contratos para la impresión de textos que suscriba la Nación, los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales estatales, sociedades de economía mixta con una participación en el capital superior al 90%, las entidades territoriales, sólo podrán celebrarse con empresas editoriales e impresoras establecidas en Colombia, exceptuando aquellos contratos que el Gobierno esté previamente comprometidos con organismos internacionales a que la licitación para su compra sea también de carácter internacional o contratos celebrados con empresas cuya nacionalidad correspondan a los Estados con los cuales se haya efectuado acuerdos de trato preferencial recíproco. Así mismo, quedan excluidos aquellos contratos cuya ejecución sea técnicamente imposible llevarlos a cabo en el país.

- 11) Los contratos denominados Certificados de incentivo económico forestal-CIF, están sometidos a la Ley 139 de 1994, en lo relativo al contenido del contrato, forma de pago, suscripción y legalización del mismo.
- 12) La enajenación total o parcial a favor de particulares de las acciones o bonos convertibles obligatoriamente en acciones que sean de propiedad estatal y en general su participación en el capital social de cualquier empresa están sometidas a la Ley 226 de 1995, ya que todos las personas naturales o jurídicas podrán tener acceso a esta propiedad, y para garantizarlo en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia posibilidad, y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria.
- 13) Los contratos para la adquisición de inmuebles por motivos de utilidad pública, la enajenación voluntaria, expropiación y avalúos están regulados por la Ley 388 de 1997.

3. Régimen Especial en razón a la naturaleza jurídica del ente contratante o contratista estatal.

Existen otros regímenes de contratación, en razón a la naturaleza jurídica de los sujetos que intervienen en el contrato estatal, y son los siguientes:

1) Los contratos estatales en donde los sujetos del contrato sean dos entidades públicas, conocidos como *contratos interadministrativos*, -el contratista se selecciona directamente-, donde una entidad pública contratante paga una contraprestación a otra entidad pública contratista a cambio de ejecutar unas obligaciones generales, especiales y actividades concretas derivadas del objeto y naturaleza del contrato, es decir, la entidad pública contratista ejecutora se somete en relación contractual de sujeción a la entidad pública contratante; en donde se pueden ejercer las facultades excepcionales revistas en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

2) Los convenios interadministrativos celebrados entre Entidades públicas, conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decreto 2474 de 2008, en armonía con lo reglado para los convenios entre entidades públicas de cofinanciación, de asociación y de coordinación previstos en la Ley 489 de 1998 y la Ley 1474 de 2011, en donde el procedimiento de selección por disposición de las normas antes descritas es la contratación directa. Allí, ocurre que las relaciones entre las entidades que celebran el convenio son de coordinación, y no de sujeción como ocurre en los contratos interadministrativos.

Los convenios interadministrativos, implican que las actividades convenidas tengan relación directa con el objeto social y funciones misionales de ambas entidades contratantes, lo que implican que en una relación de coordinación de esfuerzos, recursos, funciones, oportunidad y conveniencia, deciden ejecutar un proyecto de manera conjunta.

Una entidad del orden nacional, puede suscribir convenios de cofinanciación con entidades nacionales, departamentales, distritales y municipales a efectos de realizar una obra de interés

público, en donde el ente nacional se compromete a transferir un porcentaje de los recursos de la obra para que el ente territorial con la correspondiente contrapartida presupuestal contrate, ejecute y desarrolle el proyecto. En este caso el ciento por los recursos están integrados por los aportes de la Nación y el otro por los recursos que aporte el ente territorial, quien tiene la obligación de ejercer las actividades de planeación del contrato, adelantar la fase precontractual, de ejecución del contrato y de liquidación del mismo.

La otra forma de suscribir un convenio de asociación entre entidades públicas, consiste en que dos o mas entidades públicas partiendo de las funciones a cada una de ellas atribuída, convienen en aportar actividades y funciones, recursos materiales y humanos con cargo al presupuesto de cada uno a efectos de implementar y desarrollar un proyecto, coordinando estratégicamente las actividades y funciones de cada uno de ellos.

Así mismo, una Entidad pública celebra un convenio con otra entidad para entregarle el desarrollo de actividades, tales como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o las Secretarías de Hacienda Departamentales, Distritales o Municipales, para que las empresas de servicios públicos domiciliarios facturen y recauden en los recibos de aseo, acueducto, alcantarillado, energía, gas o teléfono, los impuestos y contribuciones prediales de valorización, sobretasas etc.

3) *Los contratos estatales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios-ESP.* En tratándose de los contratos que suscriban las empresas de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local

móvil en el sector rural, es necesario precisar la naturaleza jurídica del agente prestatario a fin de determinar el régimen jurídico aplicable a sus contratos. Los contratos de estas empresas de carácter público para el funcionamiento administrativo del ente están sometidos al ECE en cuanto las normas no sean incompatibles con el régimen especial, pero aquellas empresas de servicios públicos- ESP oficiales, mixtas y privadas, incluyendo los municipios y entidades descentralizadas que tengan a cargo dichos servicios que suscriban contratos cuyo objeto tenga relación directa para la gestión del objeto social de la empresa prestataria de los servicios públicos domiciliarios están sometidos a la Ley 142 de 1994.

Así, en todo lo relacionado con la prestación del servicio público domiciliario, la entidad pública estará relevada de los procedimientos de formación del contrato previsto en el ECE, pues como quiera que existen otros agentes prestatarios del servicio de carácter privado que están en régimen de competencia, debe el Estado contar con el mismo régimen de contratación para competir en igualdad de condiciones en el mercado y frente a los usuarios del servicio poder actuar sin restricciones.

Estos contratos están sometidos a los siguientes regímenes de contratación: En virtud de la Ley 632 de 2000 y el Decreto reglamentario 891 de 2002, los municipios y distritos tienen competencia para adoptar esquemas de exclusividad respecto de la prestación del servicio público de aseo a través del sistema de concesión garantizando que la facturación y los cobros posibiliten el sistema de subsidios cruzados; los demás contratos están sometidos a la Ley 689 de 2001, que en artículo 3º dispuso que los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos domiciliarios no están sujetas al ECE sino al derecho privado.

Así las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión en cierto tipo de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios, cláusulas exorbitantes y podrán facultar previa consulta expresa por parte de los agentes prestatarios que se incluyan en los demás contratos.

Cuando éstas sean de forzosa inclusión el juez del contrato será el contencioso administrativo, como una excepción a su juez natural que es el ordinario, sin embargo la ESP puede solicitar autorización a la comisión de regulación respectiva para pactar cláusulas excepcionales y si dentro de los quince días siguientes no se pronuncia habrá ocurrido el silencio administrativo positivo. En este caso, los miembros de la Comisión de Regulación respectiva, incurrirán en falta disciplinaria gravísima si se configura el acto administrativo presunto de carácter positivo, sin justificación alguna.

A este tipo de contrato cuyo objeto tiene relación directa con la prestación de un servicio público domiciliario a quien se le aplica el derecho privado, se le aplican tres principios del derecho público de los contratos estatales como:

- Las inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.
- Las cláusulas excepcionales conforme al régimen de autorización de la comisión de regulación respectiva; y

El principio de selección objetiva en la forma como la reglamente la junta o el consejo directivo. En materia de energía eléctrica y gas debe tenerse en cuenta las disposiciones

especiales contenidas en la Ley 143 de 1994, en lo que tiene que ver con la generación, distribución y comercialización de la energía o gas natural.

Se puede afirmar, que la contratación de las ESP están intervenidas por las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, así: La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante Resolución No.01 de 1995 estableció las reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, haciéndolo obligatorias en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa siempre que su objeto de no ser cumplido afecte la prestación del servicio, ya porque se interrumpa o se reduzca los niveles de agua exigidos por las autoridades competentes.

Mediante Resolución No.03 de 1995, la comisión estableció las reglas para estimular la concurrencia de oferentes, disponiendo que la contratación directa en razón a la cuantía procede cuando el monto de esta sea la menor establecida en el ECE, también cuando el contrato sea de mutuo, prestación de servicios profesionales, desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, arrendamiento y adquisición de inmuebles; por urgencia manifiesta, evento en el cual su plazo no puede ser superior a seis meses; cuando no haya pluralidad de oferentes, y los contratos que se celebren con recursos provenientes de organismos internacionales o los que se celebren en el marco de convenios internacionales.

En materia de energía y gas, la CREG expidió las Resoluciones No.21 de 1995 y la 4ª de 1999, con el objeto de reglamentar los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía

en el sistema interconectado nacional que hacen parte del reglamento de operaciones del mercado mayorista en contratos de energía a largo plazo en bolsa y la prestación de servicios asociados de generación de energía a la empresa de transmisión nacional. Así mismo, el régimen de contratación de generación, interconexión y transmisión de energía eléctrica es el derecho privado conforme a la Ley 143 de 1994.

Por último, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, mediante Resolución No.087 de 1997 dispuso que todos los operadores de la telefonía pública básica conmutada deben incluir en sus contratos las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común en los contratos de obra, consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo.

4) *Los contratos para la prestación del servicio público de educación.* Los contratos para la prestación del servicio de educación preescolar, básica primaria, secundaria están sometidos a la Ley 80 de 1993, a la Ley 115 de 1992 y a la Ley 715 de 2001, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011. Pero en tratándose de educación superior, la Ley 30 de 1992 ha dispuesto que el régimen de contratación de las instituciones universitarias autónomas de carácter público, en cuanto a su contenido normativo es el derecho privado, y en cuanto a los procedimientos de formación del contrato será el que expida el Consejo Superior Universitario, sin que pueda crear causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, ya que esta es de reserva del constituyente y del legislador, así como tampoco podrá crear cláusulas exorbitantes distintas a la previstas por el ECE, debiendo sólo definir en que contratos son facultativas, prohibidas u

obligatorias. El Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han reafirmado que estas instituciones están excluidas del ámbito de aplicación del ECE, salvo aquellas instituciones que tenga el carácter de establecimientos públicos como la Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

5) *Contratos para impulsar programas de interés público, o contratos de apoyo.* Estos contratos tienen sustento directo en el artículo 355 constitucional, que dispone que las entidades públicas con sujeción a la reglamentación que haga el Gobierno nacional sobre la materia, podrán contratar con recursos de los respectivos presupuestos nacionales y territoriales con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y seccionales de desarrollo. Esta reglamentación está contenida en los decretos 777 de 1992 y Decretos No.1403 de 1992 y 2459 de 1993.

Así mismo, es necesario señalar que la expresa prohibición de donaciones estatales a particulares encuentra excepciones conforme a lo expresado por el Consejo de Estado, al señalar que es de mera justicia distributiva que el Estado cumpla con obligaciones ineludibles en materia de asistencia, protección o estímulo, o de subsidios. Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que el Estado puede transferir en forma gratuita el dominio de un bien estatal a un particular, siempre y cuando no se trate de una mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos.

El Consejo de Estado ha ratificado la viabilidad jurídica de que el Estado celebre actos gratuitos, como la donación y el comodato, a favor de particulares cuando se trate de los

siguientes eventos constitucionalmente previstos:

- a) Impulso de programas y actividades de interés público adelantados por entidades privadas sin ánimo de lucro, acordes con los respectivos planes de desarrollo – Art. 355, cinc.2º-; Especial asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, incluyendo un subsidio alimentario si estuviere desempleada o desamparada, así como el apoyo especial a la mujer cabeza de familia – Art. 43-; Protección y garantía a los derechos fundamentales de los niños, entre otros, a la vida, la integridad física y la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación y la cultura – Art. 44-; Garantía de servicios de seguridad social integral a las personas de la tercera edad y subsidio alimentario en caso de indigencia -Art. 46-; Aportes a instituciones de salud para que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, tenga derecho a recibir atención gratuita -Art. 50-; Fomento de actividades concernientes a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre- Art. 52-; Facilitar los mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior – Art. 69 inciso final-; Promoción y fomento del acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional- Art. 70-; Incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales, así como estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades -Art. 71-; y Subsidios del presupuesto de la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para que las personas de menores ingresos puedan pagar

las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas - Art. 368 constitucionales-.

5) *Los contratos de concesión de servicios de televisión, televisión abierta o canales nacionales de operación pública, canales nacionales de operación privada, canales regionales, estaciones locales, televisión cerrada,* están regulados conforme a los artículos 75, 76 y 77 constitucionales, la Ley 182 de 1995, Ley 335 de 1996 y 506 de 1999 y la Ley 1341 de 2009, decreto 5254 de 2009, así como al Acuerdo No.12 de 1997 de la Comisión Nacional de Televisión- CNT. El régimen de estos contratos están contenidos en los Acuerdos que expida la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en cuanto al procedimiento de formación del contrato y en cuanto a los principios de contratación a los previstos en el ECE.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

Existe en Colombia, el Estatuto General de los Contratos de las Administraciones Públicas, que como su nombre lo indica, se aplica a todas las entidades públicas referidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Existen contratos estatales a los que no se les aplica la Ley 80 de 1993, sino regímenes especiales en razón al objeto del contrato y en razón a la naturaleza jurídica de las partes. Sin embargo, se les aplica además de las normas especiales las disposiciones jurídicas transversales a todo contrato celebrado con cargo a recursos públicos contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en la ley 1474 de 2011.

Lo anterior es relevante para el derecho disciplinario, en la medida en que si bien la tipología de contratos es la misma, es decir, los contratos de obra pública, concesiones, prestación de servicios, etc, no así ocurre con los procedimientos de selección de contratistas y con el régimen jurídico aplicable, en tanto de una entidad el mismo contrato varía en las normas jurídicas aplicables. El caso de los contratos de obra pública celebrados por el Instituto Nacional de Vías, Instituto de Desarrollo Urbano que se encuentran sometidos al Estatuto General de Contratación, mientras que los contratos de obra pública suscritos por una empresa pública prestadora de servicios públicos domiciliarios, o una Empresa Social del Estado, Instituciones Públicas de Educación Superior se les aplica los regímenes especiales contenidos en la leyes 142, 143 de 1994 y Ley 689 de 2001, artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y Ley 30 de 1992 respectivamente.

De allí que se hace necesario para efectos disciplinarios, conocer en virtud del principio de las relaciones especiales de sujeción, conocer a qué régimen de contratación estaba sometido un contrato en particular, en relación a la naturaleza jurídica de la entidad pública contratante, y en razón al objeto del contrato. De allí, que evitamos que los funcionarios con competencias disciplinarias juzguen conductas contractuales, aplicando regímenes no previstos para el asunto concreto bajo examen en un momento determinado, aunque las reglas y principios contenidos en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 constituyan un régimen normativo general aplicable a todos los contratos en general celebrados por las entidades públicas, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en los regímenes en este capítulo indicado.

CAPÍTULO SEGUNDO
DERECHO DISCIPLINARIO, ESTATUTO GENERAL DE
CONTRATACIÓN ESTATAL Y RÉGIMENES ESPECIALES DE
CONTRATACIÓN.

El ejercicio del control disciplinario se define como un conjunto de medidas, estructuras, estrategias y acciones tendientes a dar curso a la potestad disciplinaria de la que esta revestida el Estado traducida en el imperativo de proteger el orden jurídico en el marco de cumplimiento de las normas y los principios consagrados para el ejercicio de función pública y la contratación estatal, esto es, de las normas establecidas en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 del Código Contencioso Administrativo y 23 de la Ley 80 de 1993.

Cabe recordar:

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Artículo 209 CP	Artículo 3 CCA	Artículo 23 Ley 80 de 1993
<p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.</p>	<p>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.</p>

A ese universo normativo se integran los principios que guían la intervención disciplinaria, en el que se protegen ampliamente las garantías procesales del sujeto disciplinable, razón por la cual consagró la Ley 734 de 2002, los siguientes principios rectores de la ley disciplinaria:

- (1) El *Estado es el único titular de la potestad disciplinaria*. Esta potestad se reserva al Estado, como también se reserva el Estado la administración de justicia en materia penal o en materia constitucional toda vez que al producirse faltas o incumplimientos de los deberes de los servidores públicos o de aquellos particulares que en ejercicio de la actividad pública o la prestación de un servicio público la ley prevé que son sujetos disciplinables la intervención estatal al juzgar esas faltas o incumplimiento de deberes puede invadir derechos fundamentales para los que se prevén ciertas que la propia Carta Política y la Ley establece deben ser protegidas, tales como el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, entre otras. Esa reserva que desde el propio estatuto disciplinario se hace al Estado, busca también restringir o morigerar el poder discrecional de la Administración en el ejercicio de esa potestad disciplinaria y para ello, están los principios que el constituyente primario consagró en la Carta del 91 y que el legislador previó en el Estatuto Disciplinario de los años 1995 y 2002, respectivamente, los cuales también cumplen una función de control ante la intervención invasiva del Estado cuyo freno más expedito es el imperio de la ley de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 228, 229 y 230 Superiores.
- (2) Sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, *corresponde a las Oficinas de Control Disciplinario Interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado*, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. En cuanto a los funcionarios judiciales el titular de la acción disciplinaria, es la jurisdicción disciplinaria, pero además señala la ley que la acción

disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

- (3) El titular del *ejercicio preferente del poder disciplinario es la Procuraduría General de la Nación* en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia. En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso. El Consejo Superior de la Judicatura son competentes para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional adicionalmente, tiene poder preferente frente a la Administración las personerías municipales y distritales.
- (4) El *principio de legalidad*, se desarrolla a partir de la premisa según la cual los servidores públicos y aquellos particulares que por expresa disposición legal sean sujetos disciplinables sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

- (5) El principio que estimó el legislador como *ilicitud sustancial*, se define en el sentido que la falta es antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Este predicado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-948 de 2002 y sobre el particular, se detuvo en varios aspectos, afirmando que de tiempo atrás la Corte ha seguido los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad de la Constitución Nacional precisando que “el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o *"impeachment"*. Pero, que además, si bien hay elementos comunes a estas disciplinas jurídicas, también es cierto que cada una guarda sus propias especificidades, razón por la cual dichas características exigen tratamientos diferenciales en atención a su grado de especialidad.

Así las cosas, bajo ningún punto de vista, las diferencias entre el Derecho Penal y otro tipo de derechos sancionadores pueden desconocerse. Ha de recordarse entonces, que el Derecho Penal además de afectar la libertad de los individuos, que es bien jurídico tutelado y particularmente protegido por los regímenes democráticos, que son esencialmente de libertad, es un derecho dirigido a todos los asociados, razón por la cual cobra especial fuerza, la protección de las garantías fundamentales, entre ellas la del debido proceso.

También, es dable recordar, como diferencia central del Derecho Penal, con otros derechos sancionadores, que estos no pueden afectar la libertad física de las personas, pues se prevén

otro tipo de sanciones, pero además sus normas no se dirigen a todas las personas, sino a grupos específicos y cualificados de personas, sometidas a una sujeción especial, como por ejemplo a los servidores públicos y ciertos particulares, es decir, sus normas operan en ámbitos específicos previamente previstos por la ley.

Advierte la Corte, en la mencionada Sentencia C-948, que sin discusión, surge de la doctrina el postulado según el cual, si la administración o las autoridades son titulares de la función administrativa o pública, también han de serlo de la facultad sancionadora y que esta, en cuanto expresión *ius puniendi* del Estado, ha de someterse a claros principios usualmente aceptados los cuales generalmente son proclamados en los ordenamientos jurídicos nacionales, tal como ocurre en la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, la Ley 80 de 1993 o Estatuto de la Contratación Pública y la propia ley disciplinaria.

Al respecto se acotó:

Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso -régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un

delito o falta), de proporcionalidad o el denominado *non bis in idem*.

Pero además, precisó la Corte, que dentro del ámbito sancionador administrativo se destacan otros mecanismos propios del derecho sancionador como “la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido”.

En segundo lugar, la Corte hizo una referencia muy útil para la comprensión e interpretación, del Derecho Disciplinario en el sentido de su especificidad, aduciendo que en otros campos de intervención del derecho sancionador distinto al Derecho Penal, se han de tener en cuenta las especificidades o particularidades de cada uno de las disciplinas o ramas del derecho atendiendo en toda su integridad lo predicados constitucionales del artículo 29 Superior.

En particular, al referirse la Corte, al Derecho Disciplinario, como derecho sancionador del Estado y sus especificidades, claramente señaló que en diversas oportunidades se ha ocupado de él, básicamente, en tres (3) aspectos relevantes, así:

La imposibilidad de trasladar integralmente los principios del Derecho Penal al Derecho Disciplinario.

El incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria.

La vigencia en el Derecho Disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del Derecho Penal.

Esa imposibilidad categórica de trasladar automáticamente los principios del Derecho Penal al derecho Disciplinario, se ve sustentada en los siguientes argumentos:

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

Adicionalmente, señaló la Corte:

Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius punendi*) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal⁴³, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho

disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico.

La autonomía a la que hace referencia la Corte, se desprende del hecho, que los objetivos a los que se dirige la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende la Ley Penal. Se acude entonces a esas finalidades, precisando que la ley disciplinaria se dirige a la prevención y buena marcha de la administración pública, así como a la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado en estrecha con las conductas de los servidores públicos y que los ponen en riesgo o en peligro.

Afirmó, la Corte, en la citada Sentencia C-948:

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal

para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional llega a la siguiente afirmación: el Derecho Disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo". Finalidad por demás, que se vincula de manera directa y armónica con los predicados del artículo 209 Superior, "porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional".

Y avanzó en el análisis de la anterior tesis, en la citada Sentencia C-948, al señalar que en materia disciplinaria, también "la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas".

También, se indicó que “si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia”.

Se dejó de presente en la citada Sentencia C-948, que las normas disciplinarias se acompañan de “un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos”.

Y adicionalmente, se precisó que “la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas”.

En cuanto al principio de *ilicitud sustancial*, según el cual, la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, señaló la Corte, en la multicitada Sentencia C-948, lo siguiente:

Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y que el orden jurídico desarrolla.

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

En ese sentido, se busca diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria y por lo tanto:

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

En consecuencia, "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro".

Así las cosas, “para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del Derecho Disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido...las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el **cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales**, en consecuencia, el objeto de protección del Derecho Disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública” (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Como se puede apreciar, el análisis inmediatamente anterior, ofrece un punto de encuentro muy importante entre las normas de orden Constitucional, aquellas que integran la ley disciplinaria y las que regulan la contratación estatal: Veamos:

La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 2 que **son fines esenciales del Estado**: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (negrilla y subraya por fuera del texto

original).

Ahora bien cabe recordar, que el artículo 209 Superior, prevé que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, pero que además las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el **adecuado cumplimiento de los fines del Estado** (toda la negrilla y la subraya por fuera del texto original).

De otra parte, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, expresamente establece como fines de la contratación estatal que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el **cumplimiento de los fines estatales**, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” pero que además, “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el **logro de sus fines** y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”, de otra parte, el artículo 2 de la citada norma, señala que son servicios públicos, “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y **asegurar el cumplimiento de sus fines**” (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Y son los artículos 22 y 23 de la Ley 734 de 2002 –CDU, los encargados de establecer que la garantía de la función pública está en que el sujeto disciplinable, salvaguarde la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que le impone el ejercicio del desempeño de su empleo, cargo o función, ejerciendo sus derechos, cumpliendo sus deberes, respetando las prohibiciones y sometiéndose al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que establece la Constitución Política y la ley.

Al actuar el servidor público contrariando los anteriores mandatos, se verá incurso en falta disciplinaria, dando lugar así, a la acción e imposición de la sanción correspondiente. Es preciso, entonces, reiterar, como lo hace la norma, que la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la ley disciplinaria, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 de la ley disciplinaria, se verá sometido a las consecuencias jurídicas que de tales comportamientos o conductas se derivan. Y cabe precisar que no se trata de cualquier incumplimiento, sino de un incumplimiento calificado, o que afecte sustancialmente los fines del Estado, es decir, aquella conducta que ponga en peligro el desarrollo de la función pública, como lo advierte la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de tal forma, que éste es un límite al poder sancionador del Estado y una manera de preservar las garantías constitucionales y legales que asisten al sujeto disciplinable.

En cuanto al no acatamiento de los citados deberes que impone la Constitución y la Ley a los servidores públicos, claramente estableció la Corte, en la mencionada Sentencia C-948:

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la **consecución de sus fines** (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Ahora bien, regresando al Estatuto Disciplinario, otros principios que lo irradian, no solamente para su hermenéutica sino en su aplicación, son de estirpe universal, es decir están consagrados en Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, para citar tan sólo un ejemplo, así como en la Constitución Política de Colombia, y en el propio Estatuto

Disciplinario, se trata de:

- (6) La *garantía del debido proceso* consagrado como derecho fundamental en la Carta Política de Colombia, a cuya observancia se obligan tanto las autoridades judiciales como administrativas y que se puede apreciar consagrado en los siguientes textos normativos del Derecho Internacional y del Derecho Nacional:

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 - 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 - 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Constitución Política de Colombia.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de

preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso publico sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Ley 734 de 2002.

Artículo 6º. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

Como se puede apreciar el debido proceso es uno de los pilares de las garantías y libertades individuales en un Estado Social y Democrático de Derecho, y como institución jurídica tiene el reconocimiento en todas las fuentes del derecho, esto es, la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la ley y la jurisprudencia.

Pero además, la ley disciplinaria esta asistida por otros principios, tales como:

- (7) *Las normas procesales tienen un efecto general e inmediato*, en el entendido que la ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad

del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine.

- (8) El *principio de reconocimiento y respeto de la dignidad humana*, también encuentra soporte en los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en la ley disciplinaria, texto normativo que establece que quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- (9) En cuanto a *la presunción de inocencia* también es un principio que encuentra respaldo tanto en los Tratados Internacionales como en la Constitución Política y particularmente en la ley disciplinaria, se establece que a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado y que durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla, esto es, ni más ni menos que el principio de favorabilidad.

Pero, es inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, el que se encarga de establecer, como norma Superior, que *toda persona se presume inocente* mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y que quien sea sindicado tiene derecho a (i) la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (ii) a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; (iii) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; (iv) a impugnar la sentencia condenatoria, y a (v) no ser juzgado dos veces por el mismo

hecho o lo que se conoce como la *reformatio in pejus*, o regla universal, según la cual una apelación interpuesta por un acusado no puede tener por efecto agravar las sanciones ya impuestas contra él. También así lo prevé el artículo 31 Superior.

- (10) El *principio de favorabilidad* como instituto jurídico autónomo fue consagrado por el legislador al indicar que en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable y que principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.
- (11) También, la ley disciplinaria contempla la *gratuidad de las actuaciones disciplinarias* lo cual significa que ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales.
- (12) En cuanto a la *ejecutoriedad de las decisiones disciplinarias*, señala la ley que el destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. Esto sin perjuicio de la revocatoria directa, prevista dentro del mismo estatuto disciplinario.
- (13) El *principio de celeridad*, también es cardinal en materia disciplinaria en el sentido que el funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en la ley disciplinaria. Cabe recordar, que este es un

principio propio del ejercicio de la función administrativa previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, al establecer que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de celeridad y también el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, al advertir que las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de...celeridad, entre otros.

- (14) En lo relativo a la *culpabilidad*, establece la ley que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, es decir, se proscribe constitucional y legalmente toda forma de imputar la comisión de una conducta penal o disciplinaria con fundamento exclusivo en el resultado. Comparativamente, puede apreciarse que en el Estatuto Penal, en sus artículos 22 y 23 señala que la conducta dolosa se configura cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, pero también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar y la culpa desde la óptica penal se describe fine y la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Cabe señalar que en materia civil, el artículo 63 del Código Civil, se ocupa de establecer lo relativo al dolo y a la culpa, señalando que la ley distingue tres especies de culpa o descuido. *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar

los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. *Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En el campo que ocupa nuestra atención, el Estatuto Disciplinario, en el artículo 43 numerales 1 y 9, al consagrar los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, establece que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley disciplinaria y que se determinará si la falta es grave o leve atendiendo criterios tales como el grado de culpabilidad y se definió otro criterio en el sentido que la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

De otra parte el artículo 44 del CDU, al definir la clase de sanciones a las que está sometido el servidor público en su numeral 1, el legislador previó la destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

- (15) El *principio de igualdad* que es de estirpe Constitucional y Convencional, encuentra consagración en la ley disciplinaria, al señalar esta que las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El artículo 13 de la Carta Política consagró el principio de igualdad como derecho fundamental y lo propio hace la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en sus artículos 1 y 6; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 1, 2, 7 y 10 y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 en sus artículos 1, 23 y 24, por tan solo mencionar algunas normas del orden internacional.
- (16) En cuanto a la *función de la sanción disciplinaria*, hay una disposición que es fundamental y respecto de lo cual indica el texto legal que la sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.
- (17) En materia de *derecho de defensa* se consagró una disposición específica, al prever el legislador que durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado y que si el procesado solicita la

designación de un defensor así deberá procederse. Pero que además, cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente. Este principio también encuentra amplio respaldo en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y en la propia Carta Política en su artículo 29 y el Código Contencioso Administrativo en su artículo 3. En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el artículo 7 señala que ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. El derecho de defensa como parte de las garantías del debido proceso también esta previsto en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- (18) Respecto al *principio de proporcionalidad*, que es cardinal en materia de juzgamiento, la ley prevé que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y que en la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.
- (19) En cuanto a las *decisiones de fondo* que toman las autoridades disciplinarias, estas deben ser debidamente motivadas. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 35 de la Ley 734 de 2002, al señalar que habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

- (20) En lo que tiene que ver con la *interpretación de la ley disciplinaria*, se señala que en esta materia y en lo atinente a la *aplicación de la ley* el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.
- (21) Finalmente, viene un principio que tiene que ver con el respeto de las fuentes del Derecho y en ese sentido se señala de manera categórica que en *materia de aplicación de principios e integración normativa*, en la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Ley 734 de 2002 y en la Constitución Política, pero que en lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los Convenios Internacionales de la OIT ratificados por Colombia, así como lo dispuesto en los Códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Ahora bien, todo lo anteriormente expresado, da cuenta no sólo de la complejidad del Derecho Disciplinario sino del control que corresponde cumplir a los principios orientadores que irradian sus normas para evitar arbitrariedades o márgenes excesivamente flexibles que den lugar a un excesivo poder de la autoridad disciplinaria con el grave riesgo de afectar derechos fundamentales de los sujetos disciplinables. En ese sentido, los principios, son entonces, una serie de garantías o cláusulas de control que permiten al sujeto disciplinable contar con un debido proceso, ejercitar su derecho de defensa y de contradicción, pero además, disponer de

la riqueza de otras fuentes cuyos principios y normas son íntegramente protectoras de sus derechos fundamentales.

Así, la aplicación del Derecho Disciplinario, específicamente, en materia contractual, se reviste de todas las garantías de protección de los derechos fundamentales y las libertades individuales de los sujetos disciplinables provenientes tanto del Derecho nacional como del Derecho internacional en atención a la unidad normativa del ordenamiento jurídico, incluido el denominado “bloque de constitucionalidad” y de la relación que se establece entre derecho contractual y derecho disciplinario cuando quienes, especialmente, como servidores públicos están llamados a proteger, cumplir y hacer cumplir las finalidades del Estado y con su conducta se aparten de dichos cometidos en el campo de la actividad contractual.

Lo anterior, conduce por los caminos de la exploración y estudio de la materia contractual, particularmente en lo relativo a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, sus normas reglamentarias y la Ley 1474 de 2011, así como lo regímenes especiales de ciertas formas de contratación estatal.

1. El Estatuto General de Contratación Estatal de las Administraciones Públicas, reformado por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

La existencia de un nuevo marco constitucional, la aparición con ello de nuevas entidades públicas dentro de la organización estatal, el crecimiento de la actividad contractual del Estado, y la desregulación legal de supuestos e instituciones contractuales de vital importancia como el tema de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras, detonaron la necesidad sentida de que

se instituyera un nuevo ordenamiento que abarcara ampliamente el proceso contractual adelantado al interior del Estado, tanto desde un enfoque normativo propiamente dicho (reglas en sentido estricto), así como de la óptica de los principios rectores de esta actividad (preceptos orientadores que adquieren verdadero valor normativo cuando de proteger derechos fundamentales se trata).

En tal sentido, se aprecia como el Estatuto General de la Contratación Estatal nace como respuesta a una serie de factores presentados con injerencia Estatal, que hicieron notar insuficiente la regulación existente frente al tema, contemplada en el Decreto No.222 de 1983 y sus normas complementarias.

Entre las innovaciones propuestas y efectivamente introducidas a través de la Ley 80 de 1993, se encuentra la supresión de la diferencia entre contratos administrativos, privados con cláusula de caducidad y propiamente privados de la administración; englobando todos estos bajo la categoría de Contrato Estatal, también se consagraron los principios que rigen la contratación estatal; es decir, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el desarrollo del principio de equilibrio económico, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras muchas instituciones jurídicas que se trataran en su oportunidad, buscando una aproximación a las normas contractuales a partir del estudio de su ámbito de aplicación, los aspectos constitucionales que irradian sus textos normativos y los principios de orden constitucional y legal que la rigen y sobre los que ya se han realizado algunos análisis; para luego entrar a estudiar los diferentes procesos de selección y sus características propias; y por último acercarse al tema reglamentario particularmente de la Ley 1150 de 2007, es decir,

los Decretos No.066 de 2008 (posteriormente derogado); 2474 de 2008; 127 de 2009; 3460 de 2008; 4444 de 2008; 4533 de 2008; 4828 de 2008; 490 de 2009; 4881 de 2008; 836 de 2009; 2493 de 2009; 2025 de 2009 y 3576 de 2009, teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 1474 de 2011.

1.1 Aspectos Generales del Estatuto de los Contratos Estatales de las Administraciones Públicas.

1.1.1 Ámbito de Aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal.

En primer lugar, es importante, recordar cuál es el ámbito de aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, con miras a abordar el tipo de contratos que siguen un régimen especial o cuya regulación se da por normas especiales y a qué tipo de contratantes se les aplica tal regulación normativa, pues es sobre las actuaciones de los servidores públicos y algunos particulares sobre los que se ejercerá el control disciplinario.

En esa dirección, la Ley 80 de 1993, determina a qué entidades se les aplica el Estatuto General de la Contratación Estatal razón por la cual es necesario acudir al artículo primero de la citada Ley, que fija su objeto de la ley:

Artículo 1º. Del Objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Con el anterior artículo se despeja de cierto modo la inquietud acerca de en qué ámbito opera el Estatuto General de la Contratación Estatal, en tanto el mismo establece como criterio de aplicación un criterio orgánico o subjetivo según el cual se establece que se regirán por dicha normatividad aquellos contratos en que sea parte contractual por lo menos una entidad estatal. No obstante, paralelo a lo anterior surge el interrogante sobre que se debe entender por *Entidad Estatal*, cuestión esta que se encuentra resuelta en el mismo Estatuto al determinar de manera clara cuales son las entidades estatales para tal efecto, en el artículo 2º numeral 1º, así:

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

1º. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Al examinar el texto del literal a) del numeral primero del artículo 2 de la citada ley, se puede observar que en el se enuncia solamente a aquellas entidades estatales que cuentan con personería jurídica propia reconocida por Ley; y que por el contrario en el literal b) del mismo artículo, se enuncian entidades estatales que no gozan de personería jurídica, razón por la cual en una primera impresión se podría pensar que no deberían gozar de la capacidad para contratar. No obstante, el referido Estatuto les otorga dicha facultad, la cual ejercen a través de su naturaleza jurídica Nación, Departamento, Distritos y Municipio, según su nivel de descentralización territorial, *“para los solos efectos de esta Ley”*.

En este sentido se pronuncio la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1994, al expresar:

Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la Constitución, norma según la cual "Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, **así**

como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios.

También, los artículos 24 y 26 de la ley 1150 establecen respectivamente que la contratación de las corporaciones autónomas incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande del Magdalena, y la llevada a cabo por FONADE, se regirán por las normas de la ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, la Ley 80 de 1993 define el ámbito de aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, introduciendo algunas innovaciones como la prohibición para los municipios y departamentos de darse su propio estatuto de contratación, y la extensión de el ámbito de aplicación de la ley, otorgándole la facultad para contratar a entidades que no tenían esa atribución, en tanto carecen de personería jurídica, pero que para los fines allí descritos adquieren dicha capacidad.

1.2 Aspectos Constitucionales del Estatuto General de los Contratos de las Administraciones Públicas.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no solamente se estableció un nuevo ordenamiento superior, sino que la Carta incorporó una nueva concepción de Estado, el artículo 1º, erige a Colombia, como Estado Social de Derecho, ya que si bien la reforma Constitucional de 1936 a la Carta de 1886, fue la primera en hablar de Estado Social de

Derecho, la consagración y establecimiento en el sistema jurídico y político colombiano de esta forma de Estado se materializa de forma completa con la Carta del 91, paralelo a la consagración de mecanismos jurídicos para su protección. Por tanto, el reconocimiento de una concepción de Estado más amplia, obligó a este a otorgar mayores garantías de sus libertades individuales a los ciudadanos, con el reconocimiento de un catálogo de derechos más amplio en los cuales estuviesen presentes los derechos sociales o de contenido prestacional, la creación de instrumentos o acciones jurídicas para su protección, e igualmente propender en el ejercicio de sus funciones por un bienestar general para sus asociados y para todas las personas residentes en el país. Cabe recordar, que la Carta del 91 tiene una notable influencia de la Constitución Española de 1978, la que a su vez, acoge los predicados de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En razón a lo anterior, y como ya se anunció preliminarmente, el artículo 2º Superior establece los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentra el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Por lo anterior, debe quedar claro que desde el ordenamiento superior se fija una obligación por parte del Estado de llevar a cabo estos fines, y que en razón a ello el Estatuto General de la Contratación Estatal no puede ser indiferente a estas disposiciones superiores.

Por lo anteriormente enunciado y en la misma línea, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, fija unos fines para ser cumplidos por parte de los servidores públicos en los contratos estatales, como también ya se señaló.

Así las cosas, todo contrato estatal debe estar justificado y debe buscar la obtención de por lo menos un fin esencial del Estado, pues de no ser así en todo caso, se estará frente al supuesto de que quien ordena el contrato sea sujeto de una investigación disciplinaria, fiscal y/o penal por parte de los órganos de control, por ordenar la celebración de un contrato carente de finalidad específica.

En suma, la Ley 80 de 1993, se encuentra fundada y orientada hacia la búsqueda de los fines estatales, para lo cual establece una serie de mecanismos y de principios que se hacen de obligatorio cumplimiento, so pena de sanciones disciplinarias y/o fiscales al servidor público que no observe el acatamiento de los mismos y que no justifique la celebración de un determinado contrato, para el cumplimiento de un fin esencial del Estado, razón por la cual los principios constitucionales irradian la interpretación y aplicación de la Ley 80 de 1993, como se aprecia a continuación y sobre lo ya se había hecho mención.

1.3 Principios Constitucionales de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal y de los principios contractuales de orden legal regulados por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

En cuanto a los principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal, encontramos que estos se hallan establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política en donde se consagraron los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; además encontramos los principios rectores de la actuación administrativa que se encuentran en los artículos 2º y 3º del Código

Contencioso Administrativo, artículos que agregan al listado anterior, el principio de contradicción de las actuaciones administrativas.

Pero adentrándonos más en el tema de la Contratación Estatal, la Ley 80 de 1993, en su artículo 23, establece los principios de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales se unen los principios de la ecuación contractual y de la selección objetiva, que surgen de los predicados normativos de los artículos 27 y 29 de la misma Ley.

Entonces, todos los principios que rigen la Contratación Estatal, se convierten en un desarrollo legal de la Constitución Política y de los principios aplicables a las actuaciones administrativas. A fin de lograr un entendimiento más amplio del tema, se examinará en detalle y en dirección a las exigencias legales específicas, cada uno de los principios rectores de la contratación estatal según lo establecido en el Estatuto Contractual.

1.3.1 Principio Contractual de Transparencia.

Este principio como tal se refiere a que las actuaciones que ejerza el Estado como contratante y los particulares como contratistas deberán realizarse de manera motivada, pública e imparcial, con la finalidad de que dichas actuaciones garanticen igualdad de oportunidades de acceder a la información y a los pliegos de condiciones de un contrato, buscando preservar la moralidad administrativa y resguardar el patrimonio público, haciendo en todo caso que los particulares tengan posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades al contrato objeto del procedimiento de selección respectivo.

Este precepto conlleva igualmente la necesidad de que el pliego de condiciones contenga: requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, que no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la toma de decisiones que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; la identificación de las condiciones de costo y calidad de los bienes obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; así como la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Este principio se ve reflejado primero en los postulados originales del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, cuyo numeral primero fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y cuyo texto se reemplazó por el siguiente predicado normativo:

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

Y el mismo texto normativo del artículo 2 de la citada Ley 1150, fija las reglas para cada una de las modalidades de selección citadas.

Ahora bien, el Consejo de Estado, al referirse al principio de transparencia en materia contractual, señaló: *“Este principio garantiza paralelamente los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad, y selección objetiva en la contratación, para lo cual se deben instrumentar procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas, y controvertible por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta”*.

El principio contractual de transparencia, en síntesis impide que las entidades incurran en dirigismo contractual, esto es, que los servidores públicos responsables de la estructuración de los procesos de selección, de los pliegos de condiciones y demás requisitos previos, establezcan condiciones dirigidas a un oferente en particular, o a un sector del mercado o sector gremial, en perjuicio de otros. De la misma manera, se vulnera el principio de transparencia, cuando las Entidades públicas contratan consultores y asesores profesionales de carácter técnico, jurídico y financiero para que en su condición de contratistas estructuren pliegos de condiciones y minutas contractuales, y procesos de selección en general, y los servidores públicos responsables y los interventores de estos contratos permiten que dirijan el proceso a un oferente o interesado en particular.

1.3.2 Principio Contractual de Publicidad.

Es un principio fundamental previsto en la Ley 1150 y debe cumplirse en todas las etapas del proceso contractual, se garantiza en gran medida a través de la publicación de todas las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso contractual por parte de los oferentes y de la administración en el SECOP, lo cual permite que tanto proponentes e interesados tengan la posibilidad de conocer y ejercer control y vigilancia sobre el contrato estatal, las condiciones, y modificaciones presentadas en el marco del proceso de contratación adelantado, pero además la publicidad del proceso contractual integra armónicamente sus postulados y prácticas con el principio de transparencia de la administración pública.

El principio de publicidad debe garantizarse en todas las tres fases de la gestión contractual, en

tanto todas las actuaciones de la Entidad pública durante la fase de planeación del contrato debe ser pública, así como todas las actuaciones y documentos soportes del proceso de selección respectivo una vez aperturado hasta su adjudicación.

Luego durante la fase contractual, la fase suscripción del contrato, verificación de los requisitos legales y contractuales necesarios para su ejecución, así como cada una de las actuaciones, hechos u omisiones contractuales deben ser públicos a través de los mecanismos de publicidad dispuestos en la ley, tales como la SECOP, la solicitud y entrega de copias, publicación de avisos reglamentarios, comunicaciones y notificaciones de los actos etc.

Igualmente, la fase postcontractual, entendida como aquella etapa que le sigue a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, por el cumplimiento de las obligaciones, o por terminación anticipada del contrato. En este caso lo que procede es la liquidación total parcial, ya por mutuo acuerdo, por decisión unilateral de la administración contratante o pro vía judicial. Así las cosas todas las actuaciones de las partes, o de la administración pública, deben garantizar el cumplimiento del principio de publicidad de los actos, tanto con la publicación en la SECOP, como la notificación, comunicación, publicación de avisos etc.

1.3.3 Principio Contractual de Economía.

La Ley 80 de 1993 mediante este principio busca que a los procesos de contratación que efectúe el Estado se les imprima agilidad, todo ello con la finalidad de que se eviten dilaciones en las actuaciones y sobrecostos en los mismos, evitando trámites engorrosos, innecesarios y

que obstaculizan la eficiencia en el proceso contractual.

Así entonces el artículo 25 del Estatuto establece que los procesos de selección tendrán términos perentorios para la escogencia del contratista, con etapas necesarias, igualmente que las normas contractuales se deberán interpretar siempre de manera que no den ocasión a que se sigan trámites distintos a los establecidos en la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes o complementarias.

No obstante lo anterior, en especial lo que busca este principio es que los trámites contractuales se hagan en el marco de la prelación del derecho sustancial sobre la forma, en el menor tiempo posible; sin dilaciones injustificadas; con la menor cantidad de costos para la administración, y con procedimientos precisos aún para la solución de las diferencias que se puedan originar entre las partes que interfieren en un contrato estatal. Se busca que la Administración actúe con eficiencia y eficacia pero siempre respetando el marco jurídico, lo contrario se convertiría en supuesto de investigación disciplinaria, fiscal y/o penal.

Por lo anterior, las entidades estatales deben iniciar el respectivo proceso contractual cuando existan los presupuestos económicos necesarios para tal fin, como lo es la disponibilidad presupuestal con que debe contar la Entidad, para con ello evitar demoras que dilaten el proceso contractual.

En síntesis el principio contractual de economía tiene tres dimensiones: La primera en relación

a los costos económicos, financieros y presupuestales, en tanto es deber de adelantar la gestión contractual con el menor costo económico posible guardado los criterios de cantidad y calidad del objeto del contrato. La segunda tiene que ver con la temporalidad, y se trata de adelantar la gestión contractual en el menor tiempo posible, respetando los términos previstos en la ley. Por último, la tercera dimensión del principio de economía, hace relación al carácter procedimental de la actuación, y es que la gestión contractual debe adelantarse con sujeción a los estrictos trámites previstos en la ley, sin que sea posible regular, establecer o adelantar mas trámites de los estrictamente señalados por el legislador.

1.3.4 Principio Contractual de Responsabilidad.

Este principio que se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, está fuertemente ligado al de transparencia y al juicio de verificación de cumplimiento del principio de legalidad, busca en todo caso preservar la moralidad administrativa, y supone la obligación de que los servidores públicos sean responsables tanto de sus actos como de sus omisiones antijurídicas en las diferentes etapas del contrato.

Pero este artículo no solo establece el principio de responsabilidad en cabeza del servidor público, sino que también fija una responsabilidad en cabeza del contratista, en tanto él deberá hacerse responsable de no estar incurso en las causales incompatibilidades e inhabilidades, de la seriedad de la oferta y de la calidad de la obra.

Así entonces, lo que se observa es un desarrollo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, pues se puede apreciar, que tanto el servidor público es responsable por los contratos que proyecta o que se están celebrando y ejecutando, como el contratista quien no solo es un sujeto que busca una utilidad en el desarrollo del contrato, sino que también se hace responsable en cuanto el contrato no logre la finalidad que se persigue; por lo tanto este fenómeno se convierte en una actividad de colaboración y responsabilidad mutua entre el Estado y contratista.

La responsabilidad que se derive de una actuación contraria a lo aquí establecido, en tanto la misma no cumpla con los fines de la contratación o ella no garantice la protección de los derechos de la Entidad o de los contratistas podrá ser de tipo fiscal, disciplinaria y/o penal según el caso.

El principio de responsabilidad tiene dos alcances: La responsabilidad de la Entidad pública y del contratista como órganos sujetos del contrato, de los cual se desprende el derecho de un sujeto contractual de exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas al sujeto contractual incumplido, y de otra la responsabilidad personal de quienes actúan en nombre de la Entidad pública y del particular contratista. En el primer caso, la responsabilidad es patrimonial de orden civil y fiscal, y en el segundo caso la responsabilidad de quienes actúan en nombre del contratante y contratista, es penal, disciplinaria, fiscal y en solidaridad civil-patrimonial.

De allí que las personas naturales que ofician de servidores públicos o de particulares con la responsabilidad de manejar recursos públicos y con competencia y/o capacidad para suscribir contratos estatales, en virtud del principio de responsabilidad, aún en los casos de delegación

total o parcial o desconcentración, no pueden delegarla en persona alguna ya sea servidor público o particular, como tampoco en comités que se creen al interior de las entidades para que le realicen seguimiento, inspección y vigilancia a la ejecución de los contratos estatales.

1.3.5 Principio de la Ecuación Contractual o del Equilibrio Económico y Financiero del Contrato Estatal.

Si bien este no es uno de los principios consagrados expresamente como tal en la ley 80 de 1993, este postulado adquiere tal carácter en tanto se convierte en un aspecto sustancial en la contratación estatal que guía en todos los casos las relaciones entre administración contratante y el administrado contratista. Este mandato encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y obliga que las partes contratantes mantengan la igualdad y equivalencia en las obligaciones contraídas al momento de la realización de la propuesta y la celebración del contrato.

Por tanto, si el equilibrio del contrato en algún momento se rompe, por causas no imputables al afectado, deberá siempre tratarse de restablecer, con el fin de que nadie salga afectado por la celebración de un contrato, que lo que busca es el cumplimiento de las finalidades del Estado y la protección del interés general sin detrimento de la administración ni del contratista.

1.3.6 Principio Precontractual de Selección Objetiva.

Este principio busca que la administración siempre propenda por escoger para la celebración del contrato a aquel contratista que haga el ofrecimiento más favorable a los intereses de la Entidad y a los fines que ella busca, así se desprende del texto normativo del artículo 6 de la Ley 1150.

La finalidad buscada con este principio, se consigue alejando de la selección o escogencia del contratista consideraciones subjetivas como la cercanía o el interés particular; por el contrario deben ser tomados en cuenta factores tales como la experiencia, calidad, precio, cumplimiento, equipos y plazos, todos estos ponderados en conjunto y de manera precisa para determinar cual es la oferta que mejor cumple con los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones del contrato.

La selección del contratista, en el marco de este precepto, debe efectuarse a través de la verificación de la presencia de los requisitos habilitantes y la evaluación de los requisitos que determinan la oferta más favorable a la Entidad. Se entienden como requisitos habilitantes, aquellos que no otorgan puntaje, los cuales una vez verificados permiten que la oferta siga en el proceso y entre a ser evaluada según los criterios de calificación determinados en el pliego. Son requisitos habilitantes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización. Estos ítems estarán sujetos a verificación documental por parte de las Cámaras de Comercio.

Por su parte, se tendrá como oferta más favorable a la Entidad aquella que de acuerdo a la ponderación de los criterios de escogencia relacionados con los factores técnicos, económicos (organización equipos, plazo, precio) y de escogencia, según lo establecido en los pliegos de condiciones.

Por último, se debe anotar que el análisis de las propuestas, debe hacerse de acuerdo al estudio de precios y condiciones del mercado.

En suma, los preceptos normativos hasta aquí señalados, son la brújula de navegación en el ejercicio de la contratación estatal, y se convierten en un desarrollo normativo de los principios que fija la Constitución Política y de aquellos que deben cumplir todas las actuaciones administrativas, incluida la contratación estatal, según lo determinado en tal sentido en el Código Contencioso Administrativo.

De allí, que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, disponga que “ *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 de artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

2. Los Procesos de Selección de Contratistas en el Estatuto General de Contratación Estatal, reformado por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

El Estatuto General de Contratación establece varias modalidades de contratación y selección del contratista, en atención a diversos factores como el objeto, la cuantía, entre otros. A continuación se presentan cada una de las formas de selección que tiene el Estatuto General de la Contratación Estatal, y los requisitos mínimos para poder acudir a cada uno de estos modos de selección.

2.1 La Licitación Pública como procedimiento general de selección de contratistas estatales.

Sobre esta modalidad de selección es necesario recordar, que con anterioridad a la entrada en vigencia de Ley 80 de 1993 existía la licitación pública como mecanismo general para la selección de los contratistas, cuando el valor del contrato estuviera clasificado dentro de la escala de mayor cuantía, situación esta que a partir de la citada Ley cambió, quedando la licitación pública no sólo para los contratos de mayor cuantía, sino como carácter residual para aquellos casos en donde la ley no haya dispuesto un mecanismo especial y diferente para seleccionar el respectivo contratista, en razón a los principios de transparencia, moralidad administrativa e igualdad, que deben regir toda actuación administrativa; así como la protección de igualdad de trato y la vigencia de la libre concurrencia en el trámite de formación de la libertad contractual.

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 24, establece que la regla general para celebrar contratos con la administración es la licitación pública, la cual a su vez se constituye en la forma más importante de contratar, pues es por este medio que el Estado celebra los contratos de mayor envergadura, y realiza sus macro proyectos. No obstante lo anterior, la administración siempre tendrá la posibilidad de celebrar contratos estatales a través de otras modalidades distintas a la licitación pública, situación que tiene su explicación en el hecho de que existan contratos que por su cuantía o por el objeto que se piensa contratar, no resulte eficiente hacerlo por medio de una licitación.

Para analizar mejor lo expresado anteriormente, se plantean los siguientes supuestos fácticos: para la construcción de una autopista es necesario la apertura de una licitación pública a fin de elegir la mejor propuesta, en tanto por una parte, se le permite a todos los interesados y habilitados para celebrar contratos con el Estado su participación en igualdad de condiciones dentro del proceso de selección, y por otra parte, en tanto existen varios proponentes en el mercado que puedan satisfacer el objeto de la contratación; Por el contrario, si lo que se piensa contratar son los repuestos de un avión de combate que solo los vende una fábrica, se hace engorroso realizar una licitación para llegar al mismo resultado que si se contratara directamente con esa fábrica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación pública, cabe precisar que según pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia de unificación *“es un procedimiento administrativo en el que concurren una serie de actos y trámites realizados por la administración y por los oferentes que, por regla general, concluyen en la adjudicación del contrato a la propuesta u oferta más favorable”*.

Así entonces, tratándose de un procedimiento lleva consigo una serie de pasos que se deben observar, y que por ningún motivo deben ser desconocidos. El procedimiento licitatorio se enmarca dentro de las siguientes etapas:

- Estudio de conveniencia y oportunidad del contrato, de ser necesarios igualmente los diseños, planos los estudios de prefactibilidad o factibilidad; y la habilitación presupuestal.

- Publicación de los Prepliegos.

- Apertura, a través de acto administrativo, mediante el cual se decide contratar.

- Publicación de avisos en diarios de amplia circulación, y del contenido del pliego de condiciones.

- Audiencia de riesgos (identificación, tipificación y asignación de riesgos)- Modificación efectuada por el artículo 1º Decreto 2025 de 2009.

- Audiencias aclaratorias del contenido del Pliego.

- Recepción de Propuestas.

- Evaluación de las propuestas por parte del Comité evaluador.

-Observaciones al informe de evaluación de las propuestas.

-Selección y adjudicación.

-Firma del contrato.

Vale la pena aclarar que el desarrollo, condiciones y duración de las etapas aquí referidas se realizarán de acuerdo al cronograma de actividades fijado por la Entidad en el pliego de condiciones para el respectivo proceso de selección.

Así mismo, es de aclarar que la regla general siempre será la licitación pública, la excepción la contratación directa.

Por último, vale la pena abordar en este punto otra de las formas de iniciar el proceso licitatorio, cual es la iniciativa privada a través de la licitación provocada contemplada en el Decreto No.4533 de 2008 y que tiene como fundamento lo establecido en el artículo 32 parágrafo 2 de la ley 80, el cual reza:

Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá

una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de los previsto en los numerales 2° y 3 del artículo 30 de esta ley.

El Decreto contempla la posibilidad de establecer iniciativa privada sobre cualquier obra pública susceptible de ser diseñada, construida, mantenida u operada mediante un contrato de concesión.

La oferta de iniciativa privada será estudiada en un término máximo de 3 meses, luego de lo cual en un término igual, la entidad realizará las validaciones y estudios complementarios que sean necesarios para determinar la viabilidad de la oferta, e igualmente podrá solicitar la entrega de documentos o estudios adicionales o la aclaración de los mismos.

Luego de esto, y siempre y cuando se halle viable para los intereses de la entidad la licitación, se abrirá el proceso licitatorio en el cual podrá participar el proponente que dio origen a la apertura de la contratación. En el evento en que el contrato sea adjudicado a un proponente diferente al oferente de iniciativa privada que dio origen a la licitación, el adjudicatario deberá reembolsarle a este el valor de los estudios que haya realizado, así como la valoración del contrato de concesión vigente de acuerdo a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del decreto de la referencia.

2.2 La Selección Abreviada como procedimiento de selección de contratistas estatales.

La selección abreviada es una forma de contratación estatal que se encuentra regulada en el artículo 2º numeral 2º de la Ley 1150 de 2007, y consiste en la selección objetiva para los casos en que por la cuantía, el objeto a contratar, las circunstancias de la contratación y las personas a las que va dirigida la obra, el bien o el servicio, hacen que se deba adelantar un proceso más corto que el fijado para un proceso de licitación.

Las causales para que se pueda acudir a la selección abreviada se encuentran también taxativamente señaladas en el mismo artículo de la Ley 1150 de 2007, y son las siguientes:

La adquisición de bienes, servicios o suministros de condiciones técnicas uniformes, y de común utilización por parte de las entidades.

La menor cuantía, que se determinará por el presupuesto anual asignado a la entidad, y que se medirán en salarios mínimos de la siguiente manera:

- (i) Presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 SMLMV, la menor cuantía será de 1.000 SMLMV.
- (ii) Presupuesto anual superior o igual a 850.000 SMLMV y menor de 1.200.000 SMLMV, la menor cuantía será de 850 SMLMV.

- (iii) Presupuesto anual superior o igual a 400.000 SMLMV y menor de 850.000 SMLMV, la menor cuantía será de 650 SMLMV.
- (iv) Presupuesto anual superior o igual a 120.000 SMLMV y menor de 400.000 SMLMV, la menor cuantía será de 450 SMLMV.
- (v) Presupuesto anual inferior a 120.000 SMLMV, la menor cuantía será de 280 SMLMV.

En la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

Cuando en un proceso de contratación, la licitación haya sido declarada desierta, caso en el cual deberá iniciarse la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria.

La enajenación de bienes del Estado excepto las acciones o bonos convertibles en acciones de propiedad del Estado, que se pretendan enajenar a terceros, caso en el cual se aplicara la Ley 226 de 1995.

Productos de origen y destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas.

Los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de

Economía Mixta, excepto los contratos que enuncia el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Los contratos de entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, programas de desmovilización, programas de atención a desplazados, y en general a personas excluidas de la sociedad.

La contratación de bienes y servicios necesarios para la seguridad nacional.

Así mismo, se debe anotar que por expresa regulación legal se puede acudir a la selección abreviada como procedimiento de selección ante la declaratoria de desierto de la licitación según lo establecido en el artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007.

La selección abreviada como su nombre lo indica se caracteriza porque su procedimiento tiene etapas más cortas, lo cual no quiere decir, que con ello se viole la selección objetiva, sino que por la naturaleza del servicio, la cuantía, o las personas a las que va dirigida, se debe adelantar de una manera más rápida y expedita.

2.3 El Concurso de Méritos como procedimiento de selección de contratistas estatales-consultores.

Esta forma de contratación busca la selección de consultores o de proyectos, por medio de concurso abierto o precalificación, caso este último en el cual se hará una convocatoria abierta

de precalificados; en ambos casos los convocados podrán ser evaluados por un jurado anónimo plural, imparcial, deliberante y calificado.

Todo lo anterior se establece con el fin de que la entidad mediante este concurso elija el mejor proyecto o al mejor consultor a contratar, de acuerdo a los méritos del proyecto o del consultor que pretenda aplicar, y no que dicha selección se haga a través de un juicio de valoración que atienda a criterios subjetivos.

Debe establecerse con claridad que para esta forma de selección, en ningún caso el precio puede constituirse en factor de selección. De conformidad con el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, , prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

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

2.4 La Contratación Directa como procedimiento de selección objetiva de contratistas estatales.

Esta forma de contratación que se encuentra regulada en el artículo 2º numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, deberá ser siempre la excepción a la regla de las formas de contratación, pues

no exige un concurso ni siquiera mínimo para la selección del contratista; Por tal motivo, procede solo y exclusivamente en los siguientes casos:

Urgencia manifiesta, previa declaración mediante acto administrativo.

-Contratación de empréstitos por parte del Estado con la banca nacional, extranjera, tanto de primer piso como de segundo piso y con organismos multilaterales.

-Contratos interadministrativos, siempre que el objeto del contrato tenga relación directa con el objeto social, labor o servicio a ejecutar por parte de la entidad pública ejecutora.

La contratación de bienes o servicios para el sector defensa o para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en los cuales sea necesario hacer reserva para su adquisición.

Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien un acuerdo de reestructuración de pasivos, según lo fijado por la Ley 550 de 1999, y la Ley 617 de 2000.

Cuando no existan varios oferentes del bien o servicio en el mercado.

Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la realización de trabajos artísticos que solo los puedan realizar determinadas personas naturales.

Para el arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Estos son los casos en concreto en que la administración pública puede realizar contratos de manera directa con el contratista, y no llevar a cabo procesos de licitación, selección abreviada o concurso de méritos; recalcando que este proceso es uno de los que constituye excepción a la regla de la licitación pública, pues siempre se debe propender por garantizar que acudan a contratar con el Estado una pluralidad de sujetos oferentes, para así garantizar una sana competencia, que garantice para la administración la escogencia de la mejor oferta.

3.- Contratación de mínima cuantía.

El artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, dispuso que *“La contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:*

- a. Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.*
- b. El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.*
- c. La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.*

d. la comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal”.

4. Régimen Reglamentario de los Procesos de Selección previstos en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

El régimen reglamentario de los procesos de selección, lo encontramos desarrollado en el Decreto No.2474 de Julio 7 de 2008, el cual empieza por aclarar en su artículo 2º lo antes expuesto en cuanto a la forma de selección, estableciendo que son cuatro las establecidas en la Ley 1150 de 2007: la Licitación Pública, la Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa.

Paralelo a ello, el Decreto instituye los requisitos previos al proceso de selección del contratista, en cuanto exige que la entidad deba realizar siempre un estudio previo, los cuales serán fundamentales, deberán acompañar el pliego de condiciones, y todos deberán estar a disposición de los interesados en contratar con el Estado.

Posterior a esto, se establece que en los procesos de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, deberá hacerse una convocatoria pública invitando a todos los interesados en participar en el contrato con el Estado, esto buscando preservar el principio de publicidad y de transparencia de las actuaciones administrativas y de la contratación estatal.

Es también importante resaltar que esta normatividad fija cual sería la oferta más favorable en cada proceso de selección, y establece criterios para determinarla. Según el artículo 12 del citado Decreto, los criterios que serán tomados en cuenta son los siguientes:

Selección abreviada de condiciones uniformes, la que ofrezca el menor precio.

Concurso de méritos, la oferta que presente la mejor calidad de acuerdo con los pliegos de condiciones, sin tener en cuenta el precio.

En los procesos de Licitación y de Selección Abreviada para menor cuantía, se utilizará como criterio cualquiera de las siguientes alternativas:

La ponderación de precio y calidad en puntajes señalados en el pliego de condiciones.

- b. La ponderación de precio y calidad que represente lo mejor en relación costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones deberá contener:
 - (i) Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
 - (ii) Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen una ventaja notable a tener en cuenta.
 - (iii) Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen un ahorro sustancial o una ventaja monetaria considerable.

- (iv) Los valores monetarios que se le asignaran a cada ventaja técnica o económica adicional, de manera que permita ponderar las ofertas presentadas.

En todo caso, lo anterior lo hará la administración cuidando que el proponente no haga ofertas con precios artificialmente bajos, de ser así, deberá requerirlo para que explique la razón de esos precios, y esto será analizado por un comité asesor que determinará si la oferta es rechazada o si continúa en el proceso de selección.

Por último, cabe anotar que este Decreto, sufrió algunas modificaciones luego de que los artículos 5, 46, 47, 54, 65 y 88, en él contenidos, hayan sido declarados Inexequibles por parte de la Corte Constitucional al encontrar que se hallaba nublado el principio de contradicción y el derecho de defensa en los procesos de mínima y menor cuantía. Medida frente a la cual el Gobierno expidió, el Decreto No.2025 de 2009, el cual modifica algunos criterios en relación a la elección del contratista en los procesos de selección de mínima cuantía, estableciendo en tal sentido que si el valor del contrato es del 10% del valor de la mínima cuantía, la entidad podrá tener solo en cuenta las condiciones del mercado a la hora de celebrar el mismo. La última reforma se encuentra en el Decreto No.3576 de 2009 que modificó el párrafo del artículo 17, así como los artículos 48, 83 y 89 y derogó el artículo 46 del Decreto No.2474; modificó el párrafo del artículo 1 y derogó el artículo 3 del Decreto No.2025.

5. Régimen Reglamentario para la Enajenación de Bienes del Estado.

Sobre este particular el Decreto No. 4444 de 2008, establece que para la enajenación de bienes del Estado por parte de entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la entidad encargada de efectuar la enajenación deberá hacer convocatoria pública para la venta del bien, y en todo caso también podrá contratar terceros, como lo son martillos, promotores, bancas de inversión y entre otros, con el fin de que les realice la enajenación.

Pero para poder contratar los terceros anteriormente nombrados, en todo caso en el pliego de condiciones se determinaran los requisitos que estos deben cumplir, además del precio, las formas de pago, tiempo para la escrituración y la realización del registro, y las consecuencias de no hacerlo en los plazos fijados.

De igual forma, fijó los mecanismos para la enajenación, la cual se podrá hacer observando los siguientes requisitos que se encuentran descritos en el Decreto No.4444 de 2008:

ARTÍCULO 6o. ENAJENACIÓN DIRECTA POR OFERTA EN SOBRE CERRADO.

La enajenación directa por oferta en sobre cerrado de los bienes por parte de las entidades públicas, se realizará siguiendo el procedimiento que se señala a continuación:

1. La entidad publicará en el SECOP la convocatoria para la enajenación de los bienes que pretenda negociar de forma directa. Con el aviso de la convocatoria se publicará el proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar en donde pueden consultar

los estudios y documentos previos. Se publicará igualmente el listado de bienes sometidos al proceso de enajenación.

2. Recibidas y respondidas las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, la entidad expedirá el acto administrativo de apertura y lo publicará en el SECOP junto con el pliego definitivo.
3. Una vez recibidas las ofertas, la entidad hará la verificación de los requisitos habilitantes de los oferentes, cuyo resultado será publicado en el SECOP junto con el listado de los bienes sobre los cuales se recibieron propuestas.
4. En el lugar, día y hora señalados en el pliego de condiciones, en la audiencia convocada para tal efecto, se dará apertura a las ofertas económicas de los proponentes habilitados, y se informará la mejor oferta recibida en sobre cerrado, con el fin de permitir, por una sola vez, que los asistentes la mejoren.
5. Surtido este paso, la entidad adjudicará el bien al proponente que haya ofertado el mejor precio.

ARTÍCULO 7o. ENAJENACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA. Las entidades públicas podrán vender sus bienes a través del mecanismo de subasta pública, cuyas condiciones de realización deberán ser señaladas en el pliego de condiciones. En todo caso, para tales efectos se tendrá en cuenta:

1. La subasta se llevará a cabo con los oferentes habilitados de conformidad con el pliego de condiciones, de manera presencial o electrónica, en el día y hora señalados en el respectivo pliego.
2. El mayor precio ofrecido por los participantes habilitados en sus ofertas, será el valor inicial con el que comenzará la subasta.
3. El bien será adjudicado al participante que haya ofertado el mayor valor a pagar, si transcurrido el tiempo señalado en el pliego de condiciones no se logra una postura mejor.

ARTÍCULO 8o. ENAJENACIÓN A TRAVÉS DE PROMOTORES, BANQUEROS DE INVERSIÓN, MARTILLO, BOLSA DE BIENES Y PRODUCTOS AGROPECUARIOS, AGROINDUSTRIALES O DE OTROS COMMODITIES U OTROS PROFESIONALES IDÓNEOS. Cuando se elija el mecanismo de enajenación a través de uno o varios promotores, banqueros de inversión, martillos, bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities u otros profesionales idóneos, la venta siempre deberá realizarse a través de subasta pública, o mediante el mecanismo de derecho privado que se convenga con el intermediario.

Se exceptúa de esta regla la enajenación de los bienes a través de la sociedad Central de Inversiones S. A. - CISA, la cual aplicará sus métodos y procedimientos para la realización de los bienes entregados para ello. El precio mínimo de venta será el señalado por la entidad, de conformidad con el presente decreto.

PARÁGRAFO 1o. A los intermediarios contratados por las entidades públicas para la enajenación de sus bienes les serán aplicables las causales de inhabilidad e incompatibilidad y el régimen de conflicto de interés consagrado en la ley. Central de Inversiones S. A. deberá adicionalmente tener en cuenta los principios del artículo 209 de la Constitución Política.

PARÁGRAFO 2o. Para el avalúo de los bienes, los intermediarios se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores, RNA, quienes responderán solidariamente con aquellos.”

Así pues, según lo anterior estos son los tres modos en que la entidad puede enajenar un bien del Estado, pero con respecto al precio mínimo, en primer lugar se deberá observar el avalúo el cual se realizará de la siguiente manera:

ARTÍCULO 10. AVALÚO COMERCIAL. Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de los bienes inmuebles de las entidades públicas, la entidad deberá obtener el avalúo comercial de los mismos, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.

El avalúo deberá tener una vigencia máxima de un año contado a partir de su expedición y encontrarse vigente al momento de determinar el precio mínimo de venta.”

Pero además de lo anterior, la entidad deberá igualmente tener en cuenta para determinar el precio mínimo de venta, tres criterios que son:

ARTÍCULO 11. PRECIO MÍNIMO DE VENTA. Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.

La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien inmueble, deberá tener en consideración las siguientes variables:

1. **Valor del avalúo:** Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.
2. **Ingresos:** Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos.
3. **Gastos:** Se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo, tales como:
 - Servicios públicos.
 - Conservación, administración y vigilancia.
 - Impuestos y gravámenes.
 - Seguros.
 - Gastos de promoción en ventas.
 - Costos y gastos de saneamiento.
 - Comisiones fiduciarias.
 - Gastos de bodegaje.
 - Deudas existentes.

4. **Tasa de descuento:** Es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo y estará determinada en función de la DTF.
5. **Tiempo de comercialización:** Corresponde al tiempo que la entidad considera que tomará la comercialización de los activos con el fin de calcular los ingresos y egresos que se causarían durante el mismo.
6. **Factores que definen el tiempo de comercialización:** Los siguientes factores, entre otros, afectan el tiempo de comercialización del activo:
 - Tipo de activo.
 - Características particulares del activo.
 - Comportamiento del mercado.
 - Tiempo de permanencia del activo en el inventario de la entidad.
 - Número de ofertas recibidas.
 - Número de visitas recibidas.
 - Tiempo de comercialización establecida por el evaluador.
 - Estado jurídico del activo.

Dependiendo de estos factores, los activos se clasificarán como de alta, mediana y baja comercialización.

7. **Estado de saneamiento de los activos:** Para efecto de determinar el estado jurídico de los activos, se tendrá en cuenta, además, si el mismo está saneado.

- a) **Activo saneado transferible:** Es el activo que no presenta ningún problema jurídico, administrativo o técnico, que se encuentra libre de deudas por cualquier concepto, así como aquel respecto del cual no exista ninguna afectación que impida su transferencia.
 - b) **Activo no saneado transferible:** Es el activo que presenta problemas jurídicos, técnicos o administrativos que limitan su uso, goce y disfrute, pero que no impiden su transferencia a favor de terceros.
8. **Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV):** El precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

La justificación de calcular esta relación es la de establecer el precio de referencia por el cual se puede enajenar el bien teniendo en cuenta el tiempo de comercialización y los costos en que incurre la entidad por ser la propietaria del activo.

Lo aquí expuesto tiene validez para los bienes inmuebles; no obstante frente a los bienes muebles se aplicara las siguientes reglas:

ARTÍCULO 12. AVALÚO COMERCIAL. Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de las aeronaves, motonaves y los vehículos de más de dos (2) ejes, la entidad deberá obtener un avalúo comercial, el cual será practicado por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrado en el Registro Nacional de Avaluadores, RNA.

Cuando se trate de otro tipo de bien mueble, se tendrá como precio mínimo de venta el resultante del estudio de las condiciones de mercado que para el efecto realice la propia entidad, teniendo en cuenta el valor registrado en los libros contables de la misma.

ARTÍCULO 13. PRECIO MÍNIMO DE VENTA. Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.

La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien mueble, deberá tener en consideración las siguientes variables:

1. **Valor del Avalúo:** Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial del mueble vigente.
2. **Ingresos:** Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos, de haberlos.
3. **Valor de depreciación esperada del bien mueble.**
4. **Gastos:** Se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de activo, la comercialización, el mantenimiento si hay lugar y la administración del mismo. Se tendrán en cuenta factores como:
 - Conservación y vigilancia.
 - Impuestos y gravámenes (Vehículos).
 - Registro de propiedad (Vehículos).
 - Seguros.

- Avalúos.
- Gastos de promoción en ventas (Ventas masivas de bienes muebles).
- Gastos de bodegaje.
- Gastos de transporte y embalaje.
- Reparaciones y mantenimiento.
- Gastos de Administración.

5. **Tasa de descuento:** Es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo.
6. **Tiempo de comercialización:** Corresponde al tiempo estimado de comercialización del mueble, el cual depende, entre otros, del tipo de bien, sus características particulares y el comportamiento del mercado.
7. **Cálculo Precio Mínimo de Venta (PMV):** El Precio Mínimo de Venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

La justificación de calcular esta relación es la de establecer el precio de referencia por el cual se puede enajenar el bien teniendo en cuenta el tiempo de comercialización y los costos en que incurre la entidad por ser la propietaria del activo.

Lo aquí establecido se erige en los aspectos más relevantes a la hora de que una entidad sometida al régimen de contratación estatal deba enajenar un bien, pues de esta manera se logra determinar cómo fijar el precio de un bien y que reglas básicas que se deben tener en cuenta a la hora de hacerlo, pues desde el punto de vista disciplinario, penal y fiscal es relevante en la medida en que se debe cumplir el procedimiento previsto en la ley, con el cumplimiento de los requisitos, pero también es importante revisar el avalúo, de tal manera que lo prudente es realizar un proceso de verificación, revisión de tal manera que se constituya en una especie de auditoría al avalúo comercial, a fin de evitar el detrimento o daño patrimonial que se acusaría si el Estado vende un bien inmueble por un precio inferior al del mercado, fundado en un avalúo subestimado, subvalorado o apócrifo. Este procedimiento de contratación, para que el Estado enajene sus inmuebles en calidad de vendedor, es el previsto en el artículo 2º, numeral 2º, literal c), en armonía con el Decreto reglamentario 4444 del 25 de noviembre de 2008, que lo somete a un procedimiento especial de selección abreviada.

6. Régimen Reglamentario de las Garantías en la Contratación de las Administraciones Públicas.

En cuanto al tema de las Garantías en la Contratación de la Administración Pública encontramos la regulación hecha en el marco del Decreto No.4828 de 2008, que se encarga en primera instancia de determinar que riesgos debe cubrir el oferente a la hora de presentar su oferta a la entidad, aclarando sobre el particular que el cubrimiento de estos riesgos siempre será indivisible, a menos que la Ley o el nombrado decreto lo permita.

-Los riesgos que se deben cubrir en esencia son:

-Riesgos Derivados del Incumplimiento del Ofrecimiento.

-Riesgos Derivados del Incumplimiento de las obligaciones Contractuales.

Estos dos serian los riesgos a cubrir por parte del contratante, quien lo podrá hacer mediante varios mecanismos, donde el más usado y confiable es la póliza de seguro que cubra esos riesgos, pero igualmente encontramos otros menos usados pero igualmente válidos, como lo son la fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y deposito de dinero en garantía.

No obstante lo anterior, el Decreto No.4828 de 2008 en su artículo 6° también establece la obligación de incluir en todos los contratos estatales una cláusula de indemnidad, a través de la cual el contratista se obliga a mantener incólume a la administración frente a cualquier problema que se pueda derivar de la ejecución del contrato.

En todo caso el conjunto de garantías que fije la administración para poder contratar, deberán ser aprobadas con anterioridad y analizadas a fin de determinar si las mismas son suficientes para cubrir los riesgos derivados del contrato.

Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

- *Seriedad del ofrecimiento:* El valor de esta garantía no podrá ser inferior al 10% del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado.
- *Buen manejo y correcta inversión del anticipo:* Deberá ser equivalente al 100% del valor que reciba el contratista a título de anticipo.
- *Pago anticipado:* Deberá ser equivalente al 100% del monto que reciba el contratista a título de pago anticipado.
- *Cumplimiento:* El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato.
- *Pago de salario, prestaciones sociales:* No podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato, y deberá ser por el plazo del contrato y tres años más.
- *Estabilidad y calidad de la obra:* Se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. La vigencia no será inferior a 5 años.
- *Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados:* Se analizará en cada caso

de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

- *Calidad del servicio:* Se analizará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.
- *Responsabilidad extracontractual:* No podrá ser inferior al 5% del valor del contrato, y en ningún caso inferior a 200 SMLMV.

Por su parte, vale la pena recordar que antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía de cumplimiento siempre y cuando reúna los requisitos establecidos para tal fin.

7. Régimen Reglamentario para el Funcionamiento, Operación, Inscripción, Renovación, Calificación y Clasificación de Oferentes en el Registro Único de Proponentes.

Recibe tal denominación en tanto, contrario a los diversos registros llevados por cada una de las entidades individualmente con anterioridad a la entrada en vigencia de este régimen, este se constituye en un registro unificado de inscritos, útil frente a todos los procesos de selección adelantados por las Entidades Estatales.

La regulación jurídica del Registro Único de Proponentes se encuentra plasmada en el Decreto No.4881 de 2008, el cual fue modificado parcialmente por el Decreto No.2247 de 2009. Esta reglamentación, identifica a que se refiere el registro único de proponentes, determinando la forma de inscripción, la calificación de los proponentes, las sanciones que es posible que se les imponga por el incumplimiento de contratos con el Estado, e igualmente la obligación de las personas extranjeras de registrarse en el evento en que quieran contratar con el Estado.

Se establecen definiciones de los conceptos claves para efecto del Registro, como lo son:

- *Calificación:* cantidad de puntos que le corresponde a cada inscrito en el registro y la fijación consecuente del monto máximo de contratación o capacidad de contratación (K) de cada registrado.
- *Capacidad residual:* capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación, la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista. El cálculo de este será efectuado por la entidad al momento de la presentación de la oferta.
- *Clasificación:* Es la ubicación que el mismo proponente efectúa dentro de la actividad, especialidad y grupo que le corresponde, de acuerdo con la información que acredita a través de la inscripción, renovación o actualización. Los proponentes se podrán clasificar en una o varias actividades, especialidades o grupos en un mismo acto de inscripción.

- *Experiencia probable:* Es la experiencia del proponente derivada del tiempo en que ha podido ejercer la actividad, certificada para efectos de calificación según los parámetros establecidos en el Decreto No.4881.
- *Experiencia para la clasificación:* Es la experiencia del proponente, que se toma en cuenta exclusivamente para efectos de su clasificación en el RUP.

El Registro Único de Proponentes deberá ser llevado por las Cámaras de Comercio del lugar donde se encuentre radicada la persona que pretenda contratar con la administración. No obstante la entidad podrá exigir y los proponentes aportar la información y documentación que no sea objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio. La Cámara podrá efectuar convenios entre ellas para la mejor prestación de los servicios, pero en ningún caso podrán hacer uso de tal herramienta para transferir su responsabilidad frente a terceros.

Cualquier entidad estatal podrá impugnar la inscripción efectuada frente a la Cámara de Comercio; con lo cual si se llega a comprobar que la información suministrada es gravemente inconsistente con la información o documentos suministrados, se producirá la cancelación del correspondiente registro; paralelo a lo cual se le impondrá como sanción una inhabilidad de 5 años para contratar con Entidades Estatales al inscrito.

Por su parte, en caso de que el inscrito se trate de una persona natural extranjera que no cuente con domicilio en el país, o de persona jurídica extranjera que no tenga establecida sucursal en Colombia; no se le podrá exigir el registro único de proponentes, será la propia entidad quien adelante la verificación de la información sobre la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

En resumen, el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, junto con sus normas reglamentarias, esta integrado por las siguientes normas:

a.- Ley 80 del 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

b.- Ley 1150 del 16 de julio de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

c.-Decreto No. 1170 del 14 de abril de 2008, “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, inversión Social y Lucha contra el Crimen organizado, FRISCO”.

d.-Decreto No. 066 del 16 de enero de 2008, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”*.

e.- Decreto No. 2474 del 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”.

f.-Decreto 127 del 19 de enero de 2009, “Por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008”.

g.- Decreto No. 2025 del 3 de junio de 2009, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones”.

h.-Decreto No. 3576 del 17 de septiembre de 2009, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009”.

i.- Decreto No. 3460 del 12 de septiembre de 2008, “Por el cual se establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES-, para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional”.

j.- Decreto 4444 del 25 de noviembre de 2008, “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007”.

k.-Decreto No. 4533 del 25 de noviembre de 2008, “Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el párrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

l.- Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, “Por el cuál se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública”.

m.- Decreto No. 490 del 20 de febrero de 2009, “Por el cuál se modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008”.

n.-Decreto 931 del 18 de marzo de 2009, “Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008”.

o.- Decreto No. 2493 del 3 de julio de 2009, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.

p.- Decreto No. 4881 del 31 de diciembre de 2008, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007, en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones”.

q.- Decreto No. 836 del 13 de marzo de 2009, “Por el cual se modifica el Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008”

r.- Decreto No, 1520 de 30 de abril de 2009, “ Por el cual se modifica el Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008”.

s.-Decreto No. 2247 del 16 de junio de 2009, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4881 de 2008 y se dictan otras disposiciones”.

t.- Decreto No. 3083 del 18 de agosto de 2009, “Por el cual se modifica el régimen de transición para la inscripción en el Registro Único de Proponentes”.

u.-Decreto No. 3297 del 2 de septiembre de 2009, “Por el cual se asignan funciones a Central de Inversiones S.A.-CISA y se dictan otras disposiciones”.

v.-Decreto No. 3806 del 30 de septiembre de 2009, “Por el cual se expiden disposiciones sobre promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública”.

La Sección Tercera del H. Consejo de Estado, mediante auto del 1º de abril de 2009, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, decretó la suspensión provisional de las siguientes normas del decreto 2474 de 2008, así:

a.- Decretase la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, “ *En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello*”.

b.-Decretase la suspensión provisional de los efectos del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008

c.- Decretase la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: *“A criterio de la entidad, podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”*.

d.- Decretase la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008: *“haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar”*.

e.- Decretase la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008: *“haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar”*.

Así mismo, mediante auto del 27 de mayo de 2009 de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, con Ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, confirmó en todas sus partes el auto del 1º de abril de 2009, antes citado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 27 de mayo de 2009, con Ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, ordenó la suspensión provisional de los efectos del numeral 3º, letra b), del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, que fue confirmada mediante providencia de agosto 6 de 2009. Así mismo, se ordenó la suspensión provisional de los incisos 1º, 2º, 3º, y final del artículo 14 del decreto 2474 de 2008, providencia que fue confirmada mediante auto de agosto 6 de 2009.

Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 27 de mayo de 2009, que fuere confirmado mediante providencia de agosto 6 del mismo año, decretó la suspensión provisional de los efectos de las siguientes normas del decreto 2474 de 2008, así:

a.- Suspéndase la expresión *“o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones”*, contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

b.- Suspéndase la expresión *“sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de Proponentes, para efectos de determinar la clasificación y la calificación de los proponentes, cuando corresponda”*, contenida en el artículo 11 del decreto 2474 de 2008.

c.-Suspéndase el artículo 46 del decreto 2474 de 2008.

d.- Suspéndase la expresión *“haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta mas favorable”*, contenida en el artículo 54 del decreto 2474 de 2008.

e.- Suspéndase la expresión *“El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros”*, contenida en el artículo 65 del decreto 2474 de 2008.

f.-Suspéndase el inciso 3º del artículo 73 del decreto 2474 de 2008.

g.- Suspéndase el artículo 75, incluidos los párrafos 1 y 2 del decreto 2474 de 2008

h.- Suspéndase parcialmente las siguientes expresiones del artículo 89, del decreto 2474 de 2008: *“los procedimientos internos”* y *“y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección”*.

8. Regímenes Especiales de Contratación en relación al objeto del Contrato y en relación a la naturaleza jurídica de las partes.

En el análisis de la regulación aplicable a cada contrato a fin determinar el supuesto normativo aplicable a ellos y con ello el control de legalidad al que se encuentran sujetos, resulta de trascendencia estudiar no solo el régimen general sino también analizar cuáles son aquellos contratos que por la naturaleza jurídica de las partes, el objeto contractual, o por la calidad en que participan los contratantes dentro del mercado, requieren que su desarrollo y ejecución tengan que sujetarse a otro tipo de regulación distinta a la general establecida en el Estatuto.

Para tal fin estudiaremos, cuales son los regímenes especiales de contratación que se presentan en nuestra legislación, en relación al objeto del contrato, y posteriormente aquellos en relación a los sujetos presentes en la relación contractual.

8.1 Regímenes especiales de contratación en relación al objeto del contrato.

En el presente acápite serán analizados aquellos contratos que se encuentran sujetos a una regulación especial en razón al objeto del contrato Estatal celebrado. Dejando presente que los mismos, no obstante su régimen aplicable conservan el carácter de estatales y se encuentran por

ello sometidos a los principios que deben regir la contratación estatal y las actuaciones administrativas en general.

Así mismo, es preciso señalar que toda entidad estatal celebra dos tipos de contratos, de una parte los contratos corporativos, que comprometen los recursos del presupuesto de gastos de funcionamiento de la Entidad. El objeto de los contratos corporativos, tienen como finalidad la de servir para el funcionamiento administrativo de la entidad pública contratante, tales como la contratación de los servicios de aseo, vigilancia, correos y mensajería especializada, adquisición o compra de equipos de oficina, arrendamientos, servicios de mantenimiento, suministro de bienes y servicios de consumo, servicios públicos etc.

Los contratos misionales, son aquellos que se suscriben para desarrollar el objeto social de la Entidad y que son financiados con cargo al presupuesto de inversión, tales como: Si se trata del Instituto Nacional de Vías, Instituto Nacional de Concesiones, Instituto de Desarrollo Urbano, los contratos misionales son los de obra pública y de concesión de infraestructuras del Transporte.

8.1.1 Los Contratos Administrativos de las Entidades de Crédito Públicas.

Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, según lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 modificado por el artículo 15 de la Ley 1150, no estarán sujetos a las disposiciones

del Estatuto Contractual y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, es decir el Estatuto Financiero, el Código de Comercio y el Código Civil. En igual sentido, el artículo 21 del Decreto Reglamentario No.679 de 1994, establece la exclusión de este tipo de contratos de la regulación contenida en el Estatuto.

Tal exclusión tiene su explicación en el hecho de que estas entidades de Crédito del Estado compiten en el mercado con otras entidades de crédito de naturaleza privada, motivo por el cual se deben regir por normas de Derecho Privado, este es el caso del Banco Agrario de Colombia, entidad que se rige por las normas del Derecho Mercantil, Financiero y Civil, tanto en sus contratos corporativos como los contratos misionales. No obstante, a estas entidades también les son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contemplados en los artículos 209 y 267 de Constitución Política, y el régimen de incompatibilidades y inhabilidades aplicables a la contratación estatal. Lo anterior tiene su razón de ser en la dualidad que debe afrontar la entidad, en cuanto por un lado, estamos frente a una entidad que compite en el mercado y se hace injusto que en sus contratos tenga las prerrogativas que le otorga el Estatuto de Contratación Estatal a las entidades públicas, y por otro lado en todo caso son entidades que manejan dineros públicos y que como tal son objeto del ejercicio del control fiscal.

Las entidades de crédito conocidas como banca de primer piso, las encontramos en el mercado de distintas naturalezas, esto es públicas, mixtas y privadas. Si bien los contratos tanto corporativos como misionales tanto de las públicas como de las mixtas sin consideración al porcentaje de participación que tenga el Estado en su capital social están sometidas a las

disposiciones contractuales del Código Civil, el Código de Comercio, el Estatuto Financiero y los estatutos y reglas de cada institución crediticia en particular. Así las cosas, se observa que el régimen de los contratos de las entidades de crédito públicas o mixtas, tienen el mismo régimen jurídico aplicable a la banca privada, por disposición del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La razón está en que el legislador por razones de racionalidad económica y de mercado, entendió que la banca pública y mixta de primer piso debía competir en condiciones de igualdad con la privada, y para ello debía dotarla de un mismo régimen jurídico.

La banca de crédito pública o mixta de segundo piso, tales como FINDETER S.A y BANCOLDEX, está sometida para los contratos corporativos al Estatuto General de Contratación, mientras que sus contratos misionales de crédito está sometido a las disposiciones especiales del Estatuto Financiero, de la Ley 80 de 1993, y a las normas de derecho privado.

8.1.2 Los Contratos Administrativos de las Entidades Aseguradoras Estatales.

Tratándose de las entidades aseguradoras del Estado, tales como LA PREVISORA S.A se observa que si bien son entidades de Derecho Público, y por tanto sujetos observantes de los principios de la contratación y acreedoras del régimen de responsabilidad fiscal, se les aplica a los contratos que suscriban para el funcionamiento corporativo de la Entidad, el Estatuto General de Contratación Estatal, y para los contratos misionales o giro ordinario del objeto social, tales como los contratos de seguros, se les aplican las normas de Derecho Comercial, Financiero y Civil, pues como se explicaba anteriormente estas entidades compiten en el

mercado con agentes de Derecho Privado.

De allí que las aseguradoras estatales, estén sometidas en lo misional al régimen de contratación de las aseguradoras privadas, esto es al derecho comercial y civil en igualdad de condiciones. Pero desde luego, en relación a los contratos corporativos, la circunstancia varía, en razón a que si se trata de aseguradoras privadas, sus contratos corporativos están sometidos al derecho privado, mientras que si son suscritos por aseguradoras públicas, el régimen de contratación será el Estatuto General de Contratación.

Es así como LA PREVISORA S.A, por ejemplo suscribe sus contratos misionales en igualdad de condiciones con las aseguradoras privadas, esto es que si el tomador es privado, el régimen aplicable a ese contrato de seguro es el derecho privado sin importar que se trate de la aseguradora estatal o de la privada; pero si se trata de un tomador estatal, tanto la PREVISORA S.A, aseguradora estatal, como la aseguradora privada, para acceder al contrato tiene que competir en igualdad de condiciones participando en la correspondiente licitación pública presentando la correspondiente oferta de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008.

8.1.3 Los Contratos Administrativos de Entidades Fiduciarias Estatales.

Tal como se establece en las normas ya citadas anteriormente las entidades fiduciarias del Estado, compiten en el mercado con las fiduciarias privadas, a través de contratos misionales de fiducia y encargos fiduciarios, y por lo tanto se rigen en su contratación por normas de

Derecho Comercial, Financiero y Civil. Pero aun así, estas no se encuentran exentas del ejercicio del control fiscal, y deben preservar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del Estatuto General de la Contratación Estatal. Así mismo, observamos que los contratos corporativos de las entidades fiduciarias privadas se someten al mismo régimen de los contratos misionales, esto es el derecho comercial, financiero y civil, en tanto que los contratos corporativos de las fiduciarias estatales se someten al régimen aplicable a la naturaleza jurídica que adopte el ente fiduciario.

Es así como la fiduciaria del Banco Agrario, se somete tanto en sus contratos corporativos como misionales al derecho civil, mercantil y financiero, mientras que los contratos misionales de la fiduciaria de la PREVISORA S.A, se someten al régimen de FIDUAGRARIA- derecho privado-, pero los corporativos se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Para concluir, podemos señalar que cuando el fideicomitente es una Entidad pública, por expresa disposición del artículo 32, numeral 5° de la Ley 80 de 1993, el procedimiento de selección de la entidad fiduciaria, es la licitación pública, en donde en igualdad de condiciones pueden participar tanto la fiduciarias públicas como las privadas, salvo aquellos casos en donde el contrato sea celebrado con las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000, siempre y cuando se celebren con entidades financieras del sector público, evento en el cual la selección de la fiduciaria pública se selecciona directamente.

8.1.4 Los Contratos Administrativos de Compraventa de Bienes Inmuebles según la Ley 1474 de 2011.

Se trata de los distintos mecanismos, en virtud del cual el Estado adquiere bienes inmuebles para el cumplimiento tanto de su objeto social misional, como para su funcionamiento. Para ello la Administración pública cuenta con dos herramientas a saber: El contrato de compraventa de bien inmueble, y la enajenación voluntaria en los casos en que el bien haya sido declarado de utilidad pública con la finalidad de destinarlo a la prestación de un servicio público a la construcción de una obra pública de utilidad y beneficio para la comunidad.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos de compraventa de bien inmueble están sometidos a los artículos 1849 y 1857 del Código Civil y artículo 905 del Código de comercio, que dispone:

Código Civil, artículo 1849.- *“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.*

Así mismo, el artículo 1857 del Código Civil señala que *“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes....La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública..”*

En relación al artículo 05 del Código de Comercio, se dispuso: “*La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio..*”. por su parte, el artículo 922 del C.Co., señala que “*La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa*”.

Además, de la sujeción del contrato estatal de compraventa a las normas del Código Civil y del Código de Comercio, en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, está sometido a reglas especiales, que varían según la posición jurídica que ostente el Estado en el negocio jurídico de compraventa, ya sea en su condición de Comprador o vendedor, veamos:

(i) Estado Comprador en el procedimiento de adquisición de inmuebles según la Ley 1474 de 2011.

En este caso el Estado como comprador en un contrato de compraventa de bien inmueble, que deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, literal i) de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, es decir al procedimiento de contratación directa, regulado a demás por los principios constitucionales de la función administrativa, previsto en el artículo 209 Superior, por las normas del Derecho Civil y Mercantil, puesto que al adquirir un bien inmueble de propiedad de un particular, deberá negociarlo en desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes , y efectuar los ritualismos que fija la Ley Civil para la adquisición del mismo, como es elevar la compraventa a escritura pública y registrar la misma en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo registral donde se encuentre el bien inmueble ubicado, objeto

del negocio en mención.

El Estado al comprar el inmueble debe tener en cuenta reglas especiales exigidas que se constituyen en requisitos esenciales legales para el contrato estatal de compraventa, previa selección directa del inmueble, y son los siguientes: El Avalúo Comercial en firme que contrate la Entidad Pública compradora con una Lonja de Propiedad Raíz, conforme a la Ley 388 de 1997 y el decreto 1420 de 1998, con una vigencia no superior a un año, el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal conforme a la Ley 80 de 1993 y el decreto 111 de 1996, la minuta del contrato original, la promesa de contrato de compraventa si la hubiere de tal manera que la única condición para la eficacia del contrato sea la tradición del inmueble; y la autorización de la Asamblea Departamental, Concejos Municipales y Distritales, las juntas o consejos directivos, o por la ley, según el caso.

Igualmente, debe acompañarse al contrato, el estudio de oportunidad y conveniencia, donde se deje expresa constancia de la destinación del bien, si se adquiere como bien fiscal o de uso público, así como la justificación sobre porqué el bien seleccionado directamente reúne las condiciones requeridas para la administración en relación directa con la finalidad a que se va a destinar. Así mismo, debe dejarse constancia que acredite que la administración no cuenta con otro bien de similares circunstancias que pueda destinarse a la finalidad revista para el bien que se adquiere.

Por último, precisamos que la administración puede adquirir de manera directa bienes inmuebles a través de la institución de la enajenación voluntaria, previsto en la ley 388 de

1997, para lo cual existe un procedimiento especial, tal como en primer lugar debe haberse decretado mediante ley, ordenanza o acuerdo del Congreso de la República, de una asamblea departamental o del concejo municipal la declaración del inmueble como de utilidad pública y previa declaración administrativa por parte de la autoridad de reserva y afectación, acto que deberá registrarse en el folio de matrícula inmobiliaria que llevan las oficinas de registro de instrumentos públicos .

Luego de realizado el correspondiente avalúo comercial, la entidad le realizará mediante escrito oferta de compra al propietario, que cuenta con treinta días para manifestar su consentimiento, so pena de proceder la entidad a la correspondiente expropiación, ya sea administrativa o judicial. En todo caso, siempre que el bien privado haya sido declarado motivo de utilidad pública, y como consecuencia de ello sea enajenado voluntariamente, o expropiado ya por vía judicial o administrativa, el precio base de negociación tanto para la enajenación voluntaria como para la expropiación, debe ser el de avalúo comercial contratado por la entidad pública titular de los derechos del bien que va a adquirir, que debe comprender la indemnización de los perjuicios generados al propietario que soportó la carga pública de la declaratoria de utilidad del bien de su propiedad. De allí que el avalúo comercial del negocio jurídico planteado es el aportado con fines de enajenación voluntaria y de expropiación por vía judicial y administrativa.

Por último, es importante señalar que cuando el Estado oficia de comprador debe verificar con sumo cuidado el avalúo comercial a fin de evitar un daño patrimonial pagando un precio superior al del predio o inmueble en el mercado. El daño patrimonial puede presentar

porque el Estado cuando vende lo haga por un precio inferior al del mercado, o porque vende por el precio del mercado, pero el avalúo registra un área inferior a la existente. Igualmente cuando el Estado compra, puede hacerlo incurriendo en daño patrimonial al Estado porque paga un precio superior al del mercado, o porque lo hace por el precio del mercado, pero paga un área superior al verdaderamente existente.

Los mecanismos de enajenación, previo avalúo comercial, y obtenida la correspondiente autorización para enajenar el inmueble son los siguientes: Procedimiento de enajenación directa por oferta de eventual comprador en sobre cerrado, en donde el criterio de adjudicación es el mayor precio y la enajenación a través de promotores, banqueros de inversión, martillo, bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities u otros profesionales idóneos.

(ii) La enajenación de inmuebles que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado-FRISCO.

El Decreto 1170 de abril 14 de 2008, constituye el régimen de contratación, en lo relacionado con la enajenación de los bienes sobre los cuales se ha proferido decisión judicial ejecutoriada de extinción de dominio o comiso o recibido en dación en pago, que forman parte del Fondo para la Rehabilitación, inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado-FRISCO-, administrado por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Los bienes objeto de venta deberán contar con la aprobación que para el efecto imparta el

Consejo de Estupefacientes en virtud de lo establecido en el parágrafo del artículo 12 de la ley 793 de 2002 y la relación de los mismos será publicada en la página web de la Dirección Nacional de Estupefacientes y del respectivo promotor. Lo anterior, en virtud del literal e) del numeral 2o del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

8.1.5 El Contrato Estatal de Avalúo de bienes inmuebles según la Ley 1474 de 2011.

La regulación del contrato de avalúo está sometida a determinar en primer lugar si la entidad que va realizar el avalúo se rige o no por el estatuto general de contratación, pues de ser así estamos frente a un proceso de contratación que se deberá regir por las normas de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios, en este caso el decreto 1170 y 4444 de 2008, en especial el decreto 1420 de 1998 y la Ley 1474 de 2011. En este orden de ideas, el contrato que suscribe la entidad pública sometida a las normas anteriormente citadas para la realización de los avalúos comerciales, es de consultoría, y los correspondientes productos son los avalúos a los inmuebles, y el procedimiento de selección es el correspondiente concurso de méritos.

Pero por otro lado, también nos podemos encontrar con entidades que no se encuentran bajo el estatuto general de contratación estatal, caso en el cual estos contratos de avalúo se rigen por normas comerciales y civiles que regulan la materia, y por lo tanto las obligaciones que se derivan del mismo son las mismas que nacen del Derecho Privado.

Es necesario precisar, que sin perjuicio del tipo de contrato que debe suscribirse que es el de consultoría, y del procedimiento de concurso de méritos para seleccionar la lonja evaluadora, es claro que las normas especiales que regulan el contrato de avalúo es la ley 388 de 1997 y el decreto 1420 de 1998. Como quiera que el valor del inmueble fijado en el avalúo tiene una relación directa con el precio del inmueble, es importante que la entidad pública contratante del avalúo designe un interventor ya sea particular o servidor público, que revise los avalúos y le realice la correspondiente auditoría a fin de evitar fraude e el precio, es decir pagar mas del precio del inmueble en el mercado, y ello sería un daño patrimonial al Estado, en tanto si el Estado es comprador debe evitarse que el avalúo fije un precio superior al del mercado, y si el Estado es vendedor debe garantizarse que el Estado no está vendiendo por un precio inferior al del mercado.

En relación al avalúo comercial para fines de compraventa de bien inmueble, tenemos que decir que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 4444 de 2008, el término de vigencia del avalúo no puede ser inferior a un año, y la finalidad de este, es la de establecer el precio de venta de los bienes inmuebles de las Entidades públicas. El mencionado avalúo puede ser contratado con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores.

Se hace necesario precisar que el contrato de avalúo comercial, es la herramienta a través del cual el experto a través del avalúo establece cuál es el precio máximo que la administración debe pagar o por el que debe comprar o enajenar voluntariamente o expropiar por vía

administrativa o judicial un bien. Así las cosas, se observa que es el Estado el que en los distintos escenarios anteriores tiene que contratar el avalúo comercial, de tal manera que si la administración o el interventor se le demuestra dolo o culpa en la verificación del avalúo contratado, al igual que al contratista evaluador, serán responsables penal y fiscalmente, pero disciplinariamente para quien actúa u omite en la administración contratista, si se incurre en un daño patrimonial como consecuencia de un avalúo apócrifo.

El avalúo igualmente puede ser contratado a través de contrato administrativo con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o con el Departamento Administrativo de Catastro Distrital para el caso de Bogotá D.C.

8.1.6 Contrato Estatal de Empréstito.

Este contrato estatal debe ser realizado con especial rigurosidad, toda vez que no atiende a la regla general de los contratos estatales que es la licitación, pero aun así es la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º quien define como deben realizarse las operaciones de crédito del Estado con entidades de Derecho Privado Nacional o Internacional para financiar sus operaciones, o en la emisión de títulos valores, bonos y acciones que tienen como tal el mismo fin.

Cabe precisar frente a este tipo de contratos, que según lo establecido en el artículo precedente, las operaciones de crédito público de los municipios y departamentos se continúan rigiendo por lo contemplado en los Decretos No.1222 y 1333 de 1986. Por su parte, los contratos de

empréstito de las entidades estatales están sometidas de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 al Estatuto General de Contratación, al Estatuto Financiero y a los reglamentos del ente financiero expedidos por sus propias autoridades, al Código Civil y al Comercial, no obstante debe contar con la respectiva autorización para suscribir el correspondiente contrato, así como verificar la capacidad de endeudamiento del ente público que debe cumplir con las obligaciones adquiridas.

El contrato de empréstito, tiene como finalidad la de financiar una actividad contenida en el plan de desarrollo de la nación, de las distintas entidades territoriales y demás entidades o personas jurídicas públicas o de capital mixto. De allí, que el sustento previo lo encontramos en los planes nacionales y territoriales de desarrollo, aprobados por el Congreso de la República, en los planes y programas aprobados por las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas de los distintos niveles de las administraciones públicas, por los consejos municipales y distritales, las asambleas departamentales, las juntas metropolitanas respectivamente.

Como quiera, que en los planes de desarrollo encontramos cada uno de los proyectos previstos para cada entidad, así como el correspondiente plan de inversiones plurianuales, es necesario que cada proyecto este incorporado en el presupuesto para la vigencia fiscal de cada año, con su fuente de financiación específica. Es así como, la misma autoridad encargada de aprobar los correspondientes presupuestos, esto es el Congreso de la República para la Nación, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales según el caso, establecen la fuente de financiación de cada proyecto. Es así como estas autoridades, de acuerdo con la

política de financiación de los presupuestos, pueden autorizar a la Administración Pública en sus distintos niveles a financiar los proyectos a través de empréstitos que suscriban tanto como la banca nacional o multilateral.

Una vez se cuente con el estudio de oportunidad y conveniencia, con la autorización para acudir al mercado del crédito nacional o multilateral, y contando con la capacidad de endeudamiento requerido, las entidades públicas, en tratándose de banca nacional, una vez haya realizado un estudio de mercado sobre las condiciones crediticias, plazos, tasas, periodos de gracia, sistemas de amortización, plazos, etc., selecciona de manera directa a quien luego de analizar con ponderación los distintos factores, acude aquella entidad que mejores condiciones de favorabilidad ofrezca. Los créditos con la banca nacional están sometidos al derecho financiero, civil, comercial y las reglas especiales de la ley 80 de 1993 y a la Ley 819 de 2003, lo que implica que en materia de contratos de empréstitos a largo y mediano plazo que comprometen vigencias futuras, tienen requisitos especialísimos, tales como que deben tener en cuenta el periodo constitucional del respectivo alcalde o gobernador, si quien contrata es el departamento o municipio.

Si nos referimos a los empréstitos de las entidades colombianas, con organismos multilaterales, debemos tener en cuenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, en cuanto dispone que de manera directa y conforme al régimen de contratación del organismo multilateral se debe celebrar el contrato estatal de empréstito.

8.1.7 Contrato Estatal de Comodato.

El contrato estatal de comodato regulado en los artículos 2200 y ss. del Código Civil, es aquél en donde una persona entrega de manera gratuita a otra un bien mueble o inmueble de una misma especie, para su uso con cargo a que esa persona la restituya de la misma manera, de allí que este sea un contrato de uso.

Frente a este contrato cuando lo celebra el Estado, es un contrato estatal regido por el derecho privado, que se regula y celebra conforme a las leyes civiles, pero como tal no genera una obligación de parte del Estado de pagar al comandante suma alguna de dinero por el uso del bien, pues una de las principales características de este contrato es su gratuidad.

Por lo tanto sería absurdo someter a un proceso de licitación a quien desee contratar en comodato con el Estado, para el uso de un bien determinado, pues es por mera voluntad del comodante que a título gratuito entrega un bien al Estado por un determinado tiempo, para su uso, con cargo a que este lo devuelva en su mismo estado y lo conserve. El Estado puede ser comodante o comodatario, pero si es el Estado el que entrega mediante el contrato de comodato el bien a un particular, el plazo máximo es de cinco años, sin perjuicio de que si se dan los presupuestos de necesidad y justificación, se pueda suscribir un nuevo contrato o prorrogar nuevamente, a mas de que en el estudio de oportunidad y conveniencia debe dejarse constancia que el Estado no lo requiere para su servicio inmediato o mediato, y que el fin al que va a estar destinado es de interés público, general o común.

8.1.8 Contrato Estatal de Mutuo.

Este contrato estatal e aspectos y características comunes con el contrato de comodato, y se encuentra regulado en los artículos 2221 y ss. del Código Civil, y se diferencia del anterior, en tanto el mutuo hace referencia a un préstamo de consumo, con la obligación de restituir un elemento de iguales características; en otras palabras el mutuo es un contrato en que una parte le entrega a otra un bien fungible o consumible para que esta lo utilice, y esta se compromete a devolver otro bien de las mismas características que el anterior.

Este contrato como tal no puede ser confundido con el préstamo de dinero a interés, pues en este caso estaríamos hablando de un contrato de empréstito. Así pues, los contratos de este tipo que celebre el Estado, se les aplican las disposiciones contempladas por la Ley Civil para tal fin, legislación en la que se encuentran regulados, pues por tratarse es un contrato que en su esencia es gratuito, no tiene lógica como se dijo anteriormente que este se haga por medio de una licitación o un proceso engorroso.

7.1.9 Donación.

Frente a la donación, es apropiado aclarar en primera instancia que el Estado no podrá en ningún momento y bajo ninguna circunstancia decretar donación alguna a favor de una persona natural o jurídica de derecho privado, esto por prohibición expresa del artículo 355 de la Constitución Política, en defensa del patrimonio público. En materia civil, el artículo 1443 del Código Civil, define la donación en los siguientes términos:

La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.

Y el artículo 1457 del mismo Estatuto, establece las solemnidades para la donación de inmuebles, concluyéndose en el Concepto No.2266 de 1999 expedido por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que *“La donación es una figura con características esenciales como que es un verdadero contrato gratuito, en algunos casos es solemne (cuando se trata de bienes inmuebles), se requiere de escritura pública, de afectación al patrimonio, unilateral e irrevocable por lo tanto para el caso concreto esta será la figura típica e idónea para realizar la transferencia de dominio...”*.

Ahora bien, frente a donaciones que hagan particulares a entidades públicas, es de aclarar que son perfectamente válidas, y que se regirán por las normas establecidas para tal fin en el Código Civil, esto es, en sus artículos 1443 y ss.

Se hace perfectamente claro el hecho de que este tipo de contratos no cumple con el régimen general de contratación estatal, pues sería antitécnico desde el punto de vista jurídico someter a un trámite de licitación una donación que un particular le quiera hacer a una entidad del Estado. El Estado determinará la viabilidad del objeto y la licitud de la misma, y en caso positivo tomará el control y la propiedad del bien.

El Estado puede recibir donaciones de particulares, nacionales conforme al Código Civil, y de organismos multilaterales, personas jurídicas del orden internacional conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, pero en tratándose de entes públicos donantes, encontramos la prohibición constitucional prevista en el artículo 355 Superior; salvo que se trate de organizaciones no gubernamentales de interés público, tal como las inversiones de la Nación, Departamento del Cesar y el Municipio de Valledupar en el Parque de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y los eventos que realiza esta organización cada año.

8.1.10 Contrato Estatal de Arrendamiento.

(i) El Estado Arrendador.

En cuanto al Estado como arrendador es de aclarar que el artículo 1981 del Código Civil establece lo siguiente: “Los arrendatarios de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los Códigos y Leyes especiales”. Lo que quiere significar que cuando el Estado actúa como arrendador deberá en todo caso someterse a las reglas del Derecho Privado, y a las normas del arrendamiento que trae dentro de sí el Código Civil.

Ahora entonces la Ley 80 de 1993 no establece restricción alguna con la forma de celebración del contrato, ni con la duración, derogando en lo atinente a estos temas al Decreto 222 de 1983, que si establecía formas de escoger al arrendatario y duración mínima del contrato, pero aun así, se dispuso que dichos contratos deberán celebrarse por escrito. Cuando el Estado

actúa de arrendador, puede hacerlo directamente o a través de un intermediario idóneo, en donde previo análisis del avalúo comercial, del estudio de oportunidad y conveniencia y la fijación del canon de arrendamiento, debe procederse a suscribir el correspondiente contrato.

(ii) El Estado Arrendatario.

De conformidad con lo anterior, las entidades públicas que pretendan arrendar también serán sujetos del Derecho Privado, pues el acto que celebran como tal se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, pero toca en todo caso aclarar que como tal las entidades de derecho público no pueden ser sujetos de actos de comercio, por esta razón la normatividad aplicable en este caso será la normatividad civil, para regular al Estado como arrendatario.

Si el Estado es el arrendador y suscribe el contrato con un arrendador o agencia inmobiliaria debidamente constituida, escogida por la administración pública, el procedimiento es de contratación directa conforme al literal i) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Debe precisarse que el Estado contratante- arrendatario debe contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, entendiendo que el valor total del contrato es el resultado de la multiplicación del canon en pesos por el plazo del contrato, sin que haya la posibilidad de prórroga automática, por razones de limitaciones de ley presupuestal, pues de pactarse prórroga automática del contrato, esta estaría viciada de validez y de eficacia, en tanto no es posible que se extienda el plazo sin respaldo presupuestal. Lo procedente es, que con la debida anticipación se expida el nuevo certificado de disponibilidad presupuestal y se suscriba

la adición al contrato, o se pacte la prórroga en el contrato inicial, pero condicionada a la expedición antes del vencimiento del debido respaldo presupuestal.

(iii) Imposición de Servidumbre y Ocupación Temporal.

Con respecto a la ocupación temporal y la imposición de servidumbres es el Decreto Ley 222 de 1983 el que reguló el tema, refiriéndose primero a la utilidad pública en las ocupaciones transitorias de la siguiente manera:

Art. 108.- De la utilidad pública en la ocupación transitoria, adquisición e imposición de servidumbres sobre inmuebles de propiedad particular. De conformidad con las leyes vigentes, considerase de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición de servidumbres sean necesarias para la ejecución de los contratos definidos en el artículo 81 de este estatuto.

Con respecto al nombrado artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983, este se refería a los contratos de obra pública, los cuales se definían como los de construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.

Ahora entonces la ocupación temporal deberá llevarse a cabo primero con el consentimiento del particular afectado con la misma, y pactando un justo precio con la administración por la ocupación temporal, este precio en todo caso será evaluado por el Instituto Geográfico Agustín

Codazzi; pero si con el pacto del precio anteriormente nombrado, el particular no se encuentra de acuerdo, la administración pública podrá siempre en todo caso ocupar el bien, y de ser necesario con ayuda de la autoridad competente, y el particular podrá demandar la indemnización por los perjuicios causados por dicha ocupación por medio de una acción de reparación directa.

Con respecto a la imposición de servidumbres por obras públicas es el artículo 111 del nombrado Decreto Ley el que establece lo siguiente:

Art. 111.- De la imposición de servidumbres. Los predios de propiedad particular deberán soportar todas las servidumbres que sean necesarias para construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de obras públicas.

La imposición de una servidumbre con los fines mencionados en el inciso anterior se decidirá por el juez competente, según la cuantía, previo el siguiente procedimiento:

Con la demanda la entidad interesada pondrá a disposición del juzgado la suma correspondiente al estimativo de la indemnización que en su concepto deba pagarse al propietario del bien.

Admitida la demanda se correrá traslado de ella al demandado por el término de tres días.

Si dos días después de proferido el auto que ordena el traslado de la demanda esta no hubiere podido ser notificada a los demandados, se procederá a emplazarlos en la forma indicada en el inciso 2º del artículo 452 del Código de Procedimiento Civil.

En materia de excepciones se dará aplicación a lo establecido por el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil.

Según lo anterior, en todo caso los particulares deberán soportar las servidumbres que por razón de interés general deba constituirse, pero aun así tiene la obligación la administración de poner a disposición del administrado la indemnización que ellos consideren prudente por este gravamen, pero si el juez considera que esta indemnización no es suficiente para cubrir el perjuicio causado al particular, en todo caso podrá imponer el pago del excedente adicional a la administración a favor del administrado.

8.1.11 Contrato Estatal de Ciencia y Tecnología.

Se hace necesario señalar, que hoy en la sociedad del conocimiento la fuerza de las naciones no se mide tanto en su riqueza económica sino en sus conocimientos, en la ciencia y la tecnología; por eso encontramos que para facilitar un poco el crecimiento de nuevas tecnologías se excluye de un trámite engorroso y dispendioso, a los contratos de ciencia y tecnología, pero primero necesitamos definir que es ciencia y tecnología, y es aquí que el artículo 2º del Decreto No.591 de 1991, lo define de la siguiente manera:

ARTICULO 2o. Para los efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas.

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e

información.

2. Difusión científica y tecnológica, esto es, Información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.
5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías, nacionales o extranjeras.
6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional. “

Además estos contratos se podrán celebrar según este Decreto que fue derogado en gran parte por la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

ARTICULO 8o. La Nación sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de

financiamiento destinados a actividades científicas y tecnológicas, que tengan por objeto proveer de recursos al particular contratista o a otra entidad pública, en una cualquiera de las siguientes formas:

- a) **Reembolso Obligatorio.** El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado.
- b) **Reembolso condicional.** La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada.
- c) **Reembolso parcial.** Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son.
- d) **Recuperación contingente.** La obligación de pago del capital e Intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada.

Todas esas prerrogativas que otorga el anterior artículo del Decreto No.591 de 1991, tiene como finalidad promover la investigación y el desarrollo científico y tecnológico del Estado, y por eso se pueden celebrar de esa manera este tipo de contratos. De allí, que el procedimiento de contratación es la contratación directa, y el régimen aplicable a los mencionados contratos es el derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de la

función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Por último este mismo Decreto en todo caso establece que la Nación también podrá celebrar convenios de cooperación con los particulares y otras entidades del Estado para el desarrollo tecnológico y científico, donde quienes celebran estos convenios pueden aportar dinero, industria, trabajo y bienes en especie.

8.1.12 El Contrato Estatal de Fiducia Pública.

En cuanto al contrato de Fiducia Pública, la Ley 80 de 1993 le dio un tratamiento totalmente distinto al de la Fiducia Mercantil, toda vez que esta reconoce dentro de sus características el hecho de que se crea un patrimonio autónomo, y que salen totalmente del patrimonio del fiduciante los bienes que se entregan al fiduciario, para que este los administre a favor del fiduciante o de un tercero beneficiario o fideicomisario.

Al contrario de lo que pasa en la fiducia mercantil, la fiducia pública no transfiere los bienes del fiduciante al fiduciario, y como tal no se crea un patrimonio autónomo; así entonces lo que ocurre es que simplemente la sociedad fiduciaria actúa mas como una especie de encargo fiduciario, y no como un contrato de fiducia tal como lo determina el artículo 1226 del Código de Comercio.

Así entonces en la fiducia pública no existe transferencia de propiedad, solo existe un manejo y administración de los recursos, lo que no saca del patrimonio del constituyente los bienes que están en la fiducia pública, lo que lo puede conllevar a que un tercero acreedor de la administración pueda acudir a ellos para reclamar el cumplimiento de la obligación.

La Administración pública al contratar una fiducia pública, por disposición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, debe escoger la Entidad fiduciaria ya pública, privada o de capital mixto, mediante el procedimiento de licitación pública, salvo lo dispuesto en el literal f) del numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dispone que se contratarán directamente los encargos fiduciarios que celebren las entidades territoriales cuando inician los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999, 617 de 2000, siempre y cuando se celebren con instituciones financieras del sector público.

8.1.13 El Contrato Estatal de Encargo Fiduciario

El encargo fiduciario, es un contrato en el cual una persona le encarga a una sociedad fiduciaria la administración de unos bienes o recursos con cargo a que estos sean devueltos a la misma persona o que sean en beneficio de un tercero, se diferencia de la fiducia mercantil, en cuanto este tipo de contrato no crea un patrimonio autónomo y no transfiere el dominio de los bienes.

Con la definición anterior podemos observar que el contrato de encargo fiduciario y el contrato de fiducia pública son muy similares, y casi idénticos, esto fue el resultado del legislador al

poner mayores restricciones a las fiducia públicas en la Ley 80 de 1993, lo que termino siendo en conclusión la fiducia pública, fue un encargo fiduciario, que en si en nada se diferencian.

8.1.14 Los Contratos Estatales de Edición, Impresión y Publicaciones.

La Ley 109 de 1994, estableció la naturaleza jurídica de la Imprenta Nacional, la cual consiste en Empresa Industrial y Comercial del Estado. El artículo 4º de la citada Ley le estableció sus funciones, así:

“Para el cumplimiento de sus objetivos, la Imprenta Nacional de Colombia cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Dirigir e imprimir el "Diario Oficial", publicando los actos administrativos y los contratos de las entidades estatales, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.*
- 2. Imprimir la Gaceta del Congreso, la Gaceta Judicial, la Gaceta Constitucional, los Anales del Consejo de Estado y demás publicaciones de la Rama Judicial.*
- 3. Elaborar con eficiencia y calidad los trabajos de impresión contratados con las entidades públicas.*
- 4. Colaborar con el Gobierno Nacional en lo relacionado con la difusión de los actos y documentos oficiales.*
- 5. Organizar y administrar el archivo de documentos, diarios, gacetas, boletines, folletos y demás publicaciones elaborados en la Imprenta Nacional de Colombia para su posterior consulta e información por parte de la comunidad.*
- 6. Las demás que le señalen la ley y los estatutos.*

ARTÍCULO 5o. OBLIGACIÓN. Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Los Ministros, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos del Orden Nacional y Organismos de las Ramas Legislativa y Judicial, están obligados a contratar sus publicaciones e impresos de que tratan los artículos 2 y 4o. de la presente Ley con la Imprenta Nacional de Colombia. Cuando la Imprenta Nacional de Colombia, en los trabajos previstos en el

numeral 3o. del artículo 4o. de la presente Ley, no pueda atender los requerimientos del solicitante, o éste acredite previamente con las respectivas cotizaciones que las condiciones de precio y/o plazo en el sector privado son más favorables, lo autorizará para contratar el trabajo con terceros. El trámite de las cuentas de cobro deberá llevar anexa, en estos casos, la respectiva certificación expedida por la Imprenta Nacional de Colombia. Las entidades a que hace referencia la presente Ley también están autorizadas para contratar con terceros si la Imprenta Nacional de Colombia no responde su petición en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva solicitud.

Así las cosas, tanto la impresión del Diario Oficial, como la Gaceta del Congreso. Se realizan al igual que las publicaciones, impresiones y ediciones de cualquier entidad pública se hará mediante contrato interadministrativo de manera directa, conforme a la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008. Así mismo, cuando la Imprenta Nacional contrata con un particular en desarrollo de su objeto misional, y como quiera que la entidad estatal opera como contratista de un particular contratante, el correspondiente contrato está sujeto al derecho privado, y el procedimiento es de contratación directa.

Pero si se trata de una Entidad pública que diligenció ante la Imprenta Nacional la suscripción de un contrato estatal cuyo objeto es la impresión, edición y publicación, y esta le manifiesta no poder cumplir con dicho requerimiento, o le demuestra que las condiciones en el mercado son mas favorable en cuanto el precio y el plazo, lo autorizará para que lo contratante con un tercero, sometiendo el procedimiento de selección a la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, a través del procedimiento de la selección abreviada.

8.2 Régimen de los Contratos para la Realización de Inversiones en Nuevas Plantaciones Forestales de Carácter Protector.

El Certificado de Incentivo Forestal de Carácter Protector Productor CIF, fue creado mediante la Ley 139 de 1994, y este tiene como finalidad las inversiones de nuevas plantaciones forestales de carácter protector, y pueden acceder a los CIF, todas las personas naturales y

jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios de agua y alcantarillado.

Estos CIF son certificados que son entregados por la entidad encargada del manejo de los recursos ambientales renovables y del medio ambiente, con los cuales la persona puede solicitar por una sola vez y en las fechas y plazos establecidos una suma de dinero por las plantaciones forestales de especies autóctonas o introducidas.

Este tipo de contrato para la entrega de los CIF, se convierte en un contrato especial, puesto que tiene unos requisitos especiales, el cual se encuentra regulado por el Decreto 1824 de 1994, en especial el artículo 23 que regula el contenido del contrato; igualmente regula la entrega y el trámite de los CIF.

8.3 Régimen de Contratos para el Desarrollo de Proyectos Culturales.

Con respecto al régimen para el desarrollo de proyectos culturales la Ley 397 de 1997 en su artículo 36 establece lo siguiente:

Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos

establecidos en la citada normatividad.

Según el anterior artículo en cuanto al régimen de los contratos de desarrollo de proyectos culturales se les aplicara lo dispuesto en los Decretos No.393 y 591 de 1991, refiriéndose el primero a las formas de asociación para el desarrollo de actividades científicas y culturales, aclarando en todo caso que a estas formas de asociación se les aplicara en todo caso la normatividad Civil y Comercial que sea del caso para el desarrollo de la sociedad.

El cuanto al Decreto No.591de 1991, este establece el régimen especial de contratación para el desarrollo de proyectos científicos, estableciendo este mismo decreto lo siguiente:

ARTICULO 3°. Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo anterior, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se regirán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos.

Por lo tanto, según el artículo anterior la naturaleza de los contratos de desarrollo científico y cultural es de Derecho Civil y Comercial, ahora si la naturaleza es privada en estos contratos, se deduce que la forma de contratación es directa para estos casos en particular, esto según el artículo 4° del mismo decreto, que fija lo siguiente:

ARTICULO 4°. Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se

refiere el artículo 2º de este decreto, se celebrarán directamente y sólo se requerirá para su validez el cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares y de los especiales previstos en este decreto, y además apropiación y registro presupuestal, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional, cuando a este haya lugar.

Es este el procedimiento y el régimen de contratación que aplican los Fondos Mixtos de Cultura, para ejecutar los recursos y los programas culturales de las comunidades, tales como las ferias y fiestas locales, carnavales, festivales y demás festividades propias de cada región.

8.4 Régimen de Contratos para la Venta de la Propiedad Accionaria de las Entidades del Estado.

Con respecto a la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado, esta se encuentra por fuera del estatuto general de contratación estatal, y se encuentra regulada por la Ley 226 de 1995, la cual establece los requisitos para la venta de dicha propiedad.

Este régimen en todo caso se hace con el respeto a unos principios básicos para la enajenación de los bienes accionarios de las entidades del estado los cuales son:

Democratización: Toda persona tendrá derecho a acceder a la propiedad accionaria que el Estado enajene.

Preferencia: Que consiste en que existen ciertas personas que tendrán preferencia en adquirir dicha propiedad, como son los trabajadores de la empresa, los ex trabajadores de la entidad

privatizada, entre otros.

Protección del Patrimonio Público: Que la enajenación accionaria estatal se hará siempre preservando el patrimonio público.

Continuidad del Servicio: Cuando se enajene propiedad accionaria de una entidad que preste un servicio de interés público, se garantizara la prestación del mismo.

En todo caso esta venta se deberá hacer siempre de conformidad con los principios de la función administrativa y sobre ellos se ejercerá un control fiscal de la venta.

Régimen de Causales de Caducidad de los Contratos Estatales de Orden Público.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, cuando se presentaba una de las causales de caducidad fijadas en el Decreto Ley 222 de 1983, se constituía en un deber de obligatorio cumplimiento para la entidad la declaratoria de la caducidad del contrato; por su parte, y en antítesis a lo anteriormente expuesto, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, esta declaratoria de caducidad es facultativa de la administración, y en todo caso se le debe permitir la defensa en sede administrativa al contratista.

Lo anterior tiene su razón de ser, en el hecho de que la administración pública debe buscar que con la declaratoria de caducidad no se afecte la continuidad de la obra o no se suspenda el

servicio público, todo ello en defensa del interés general. La decisión de la declaratoria de caducidad es de tipo jurídico política. Es el ejercicio de una valoración de proporcionalidad, entre la concurrencia de la causal de incumplimiento grave y la conveniencia para la administración y el interés público, no declararla y por el contrario tomar las medidas necesarias junto con el contratista y la aseguradora para remover los obstáculos que impiden el normal desarrollo o ejecución del contrato, donde en todo caso se debe buscar proteger el interés general.

Por último, vale la pena aclarar que por ser la naturaleza jurídica de la caducidad de tipo declarativa y sancionatoria; frente al incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, este no podrá en ningún caso solicitar indemnización alguna por la misma, a diferencia de la terminación unilateral del contrato en la cual el contratista si tiene el derecho a pedir ese restablecimiento si prueba que se le causó perjuicios. Lo aquí señalado encuentra sustento normativo en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que reza lo siguiente:

ARTICULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del

objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

9. Regímenes Especiales de Contratación en relación a la naturaleza jurídica de las partes.

En este acápite estudiaremos la regulación especial existente frente a aquellos contratos estatales que en virtud de la naturaleza jurídica de las partes que intervienen, están por fuera de la aplicación o regulación del Estatuto general de la Contratación. Entre las cuales se encuentran las Universidades Públicas, el Banco de la República y los denominados contratos de idoneidad.

9.1 Los Contratos Celebrados por las Universidades Públicas ó Instituciones Públicas de Educación Superior según la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

Según la Ley 30 de 1992, las Universidades Públicas y en desarrollo de lo previsto en el artículo 69 de la Constitución Política de 1991, gozan de autonomía universitaria, cuentan con autoridades, patrimonio, y sistema de seguridad social propios si así lo establecen, y además de lo anterior pueden darse su propio régimen de contratación y de control fiscal esto según el

artículo 57 de la Ley de la referencia; precepto normativo en el que se señala:

Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.

Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley, deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.

Todo lo anterior en el marco de la autonomía universitaria, y la protección e independencia con que dicha actividad debe contar para un desarrollo óptimo pues el objeto es el desarrollo intelectual de los ciudadanos.

Este artículo no es más que el desarrollo de la autonomía universitaria de la cual deben gozar todos las instituciones de educación superior públicas y privadas, consagrada en el artículo 69

de la Constitución Política y que no busca cosa distinta al aislamiento de la formación estudiantil de las vicisitudes políticas que puedan presentarse en torno al desarrollo de esta actividad.

Es igualmente importante precisar que esta autonomía es aplicable a las universidades independientemente del orden territorial en que se encuentren- pues el artículo 69 constitucional otorga autonomía universitaria a todas las instituciones de educación superior-, es decir se aplica a las universidades del orden Nacional como la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en virtud de lo dispuesto en el literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, que señala como causal de contratación directa lo siguiente:

“Contratación directa...c.- Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada.

“En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993, salvo que se trate de instituciones de educación superior, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución

Política.”

Para concluir, observamos que las instituciones públicas de educación superior como ejecutores del presupuesto público, tienen capacidad para suscribir contratos en nombre de cada una de estas instituciones con cargo al presupuesto de inversión de gastos de funcionamiento para celebrar contratos corporativos y misionales, pero que en todo caso por disposición constitucional, su régimen de contratación es el derecho privado, aplicando reglas especiales, tales como los Estatutos de Contratación expedidos por sus Consejos Superiores Universitarios, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidos en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, y las cláusulas excepcionales allí descritas.

Pero las instituciones de educación superior públicas pueden suscribir contratos para asumir obligaciones en desarrollo de su objeto social, pero en igualdad de condiciones con las demás instituciones de educación superior de carácter privado o con otros sujetos del mercado de la contratación estatal, con sujeción al Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas Colombianas, salvo, que se trate de contratos de consultoría, evento en el cual las instituciones de educación superior públicas pueden suscribir contratos interadministrativos de consultoría directamente con alguna de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993.

9.2 Los contratos del Banco de la República.

Con respecto a los contratos del Banco de la República, es necesario aclarar que esta entidad cuenta con la autonomía que le atribuye el artículo 371 constitucional, lo que le permite darse

su propio régimen de contratación, y en general los contratos que celebre dicha entidad según la Ley 31 de 1992, se registrarán por el Derecho Privado, esto según el artículo 52 de la citada Ley, que establece:

ARTÍCULO 52. RÉGIMEN CONTRACTUAL. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.

El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada.

Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se registrarán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.

Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.

Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado.

El Banco podrá, en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero,

someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior.

9.3 Contratos de interés público con organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

Los contratos de idoneidad son igualmente denominados contratos de interés público, contratos sin ánimo de lucro, o contratos con Organizaciones No Gubernamentales.

El fundamento normativo de este tipo de contratos lo encontramos consagrado en primer término en el Art. 355 superior, el cual señala:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrara contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

En desarrollo de la habilitación anteriormente señalada, el Decreto No.777 de 1992 estableció los requisitos que deben presentarse a fin de celebrar este tipo de contratos, los cuales se caracterizan por tener costos administrativos, e ingresos, pero no utilidades, es decir, AI y no AIU. Entre las características encontramos:

- Deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la

ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el referido Decreto, es decir, la entidad sin ánimo de lucro debe estar constituida con mínimo seis meses con anterioridad a la suscripción del contrato.

- La Entidad deberá contar con la respectiva autorización por parte del representante legal de la Nación, departamento o municipio según el caso, esto es que si el contratante es un ente del sector central o descentralizado de la Nación debe contar con la autorización expresa y escrita del Presidente de la República, o del respectivo Alcalde o Gobernador si se trata de un municipio, distrito o gobernador. Si se trata de órganos con autonomía, tales como las corporaciones autónomas regionales, universidades públicas, comisiones de regulación, Consejo Superior de la Judicatura, Contralorías, Personerías, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, este requisito debe cumplirse con la autorización expresa del Representante Legal del organismo, pero en todo caso siguiendo la regulación interna de cada organismo.
- Estarán sujetos a los planes, programas y proyectos de interés público que apruebe los respectivos Concejos, Asambleas y Congreso de la República.
- La Entidad deberá contar con el certificado de disponibilidad presupuestal necesario para el desarrollo del contrato, expedido por la autoridad presupuestal del ente contratante.

- Deberá demostrarse la idoneidad del futuro contratista, y se prueba con la experticia requerida en relación de identidad entre el objeto contractual, el objeto social de la Entidad sin ánimo de lucro, la experiencia y el interés público que le asiste a ambos en el desarrollo del contrato, según las reglas establecidas para tal fin en el Decreto.
- Se deben constituir garantías contractuales por parte del contratista.
- La ejecución del contrato estará sujeta al control, inspección y vigilancia por parte de un interventor designado para tal fin, que puede ser un tercero particular o servidor público de la entidad contratante.

Pueden incluirse dentro del contrato las cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilateral, conforme al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Debe tenerse en cuenta que desde que se cumplan los requisitos constitucionales y legales previstos en el artículo 355 Superior, y del decreto 777 de 1992, el contrato estatal que se deriva de esos presupuestos constitucionales y legales, no puede ser observado desde la perspectiva de la ley 80 de 1993, en tanto si bien el Estatuto Contractual es el régimen general, la Constitución Política al abolir los denominados auxilios parlamentarios, dispuso que se podían suscribir contratos con organismos no gubernamentales sin ánimo de lucro en una relación armónica pública privada con unos requisitos previstos en la misma Carta, y en decretos del Gobierno Nacional; lo que nos conduce a concluir que los órganos de control penal, fiscal y disciplinario y los mismos

contencioso administrativo al examinar el contrato deberá revisar si este se ajusto a los requisitos previstos en la Constitución Política y en el reglamento, pues la decisión de la administración de contratar por este sistema tienen sustento en la Carta Política, luego la voluntad del jefe del organismo con sujeción al ordenamiento jurídico no puede ser cuestionada por los órganos de control en relación con los procedimientos de la Ley 80 de 1993, salvo que se pruebe que la contratación no se sujetó a los presupuestos del artículo 355 constitucional y que se acudió a ese régimen para vulnerar los principios contractuales previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, de tal manera que acudir a este régimen especial, persé no constituye irregularidad alguna, por el contrario, se cumple con el mandato constitucional.

10. Regímenes especiales de los contratos de prestación de servicios públicos industriales y comerciales.

Continuando con el estudio de los regímenes especiales de contratación, pasamos ahora a desarrollar lo atinente a los regímenes especiales de los servicios públicos que la doctrina ha denominado Industriales y comerciales por estar destinados a actividades de comercio que atienden necesidades de interés general o que tienen un fin meramente lucrativo y no el de satisfacer necesidades colectivas. Entre estos servicios encontramos: los servicios públicos postales, los servicios y actividades de telecomunicaciones, la telefonía móvil celular, los servicios de telefonía de servicios de comunicación personal, los servicios de Televisión, los servicios de transporte público y los servicios de puertos, aeropuertos y terminales terrestres.

Vale la pena hacer este estudio con el fin de conocer cada uno de los regímenes de que rigen la contratación de la prestación de estos servicios y que este sirva como herramienta para un adecuado control fiscal de legalidad a la actividad contractual del estado al permitir determinar y verificar que su adjudicación, perfeccionamiento, legalización y liquidación se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; determinando puntos de control en cada una de las fases de estos contratos estatales.

De esta manera en la fase precontractual se podrán identificar puntos de control para determinar que el sistema de selección utilizado haya sido el adecuado, la consistencia de la valoración de la propuesta según los criterios de ponderación que tiene cada régimen, la pertinencia y procedencia de selección directa, la comprobación de inhabilidades e incompatibilidades de los contratistas, etc.

De igual forma en la fase de suscripción del contrato se podrán identificar puntos de control relacionados con la comprobación de las formalidades del contrato según su régimen de contratación, la verificación de las garantías y sus montos y en la etapa de ejecución la calidad de los servicios contratados, el adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el contrato, la consistencia de los pagos efectuados según lo señalado en el respectivo régimen, lo pactado y los servicios entregados, el cumplimiento oportuno en la ejecución del contrato, el análisis de los costos y beneficios relacionados con la ejecución así como la justificación de las prorrogas, adiciones y reajustes de precisos autorizados.

10.1 De los servicios públicos postales.

Los servicios postales desde principios de siglo XX han constituido un monopolio estatal, como bien los señalaba el artículo 17 de la Ley 76 de 1914, el cual estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional, al definirlo como servicio público de exclusiva prestación estatal; titularidad que se ha mantenido hasta nuestros días, sin importar que estos servicios sean denominados de correo o postales; pues los cambios que han introducido las normas posteriores (tales como la ley 80 de 1993) están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, sin que en ningún momento haya cambiado la reserva estatal de los servicios postales.

Por su parte el artículo 37 de la ley 80 de 1993 ha señalado que los servicios públicos postales están comprendidos por la prestación de los servicios de correo y la del servicio de mensajería especializada. De igual manera el decreto 229 de 1995 ha señalado que se entiende por servicios postales el servicio público de recepción, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, indicando que estos servicios comprenden la prestación del servicio de correos nacionales e internacionales y del servicio de mensajería especializada.

Como metodología para el desarrollo de este capítulo y con el fin de comprender adecuadamente como opera el régimen de concesión y licencia de estos servicios, primero indicaremos como la normatividad colombiana ha definido estos servicios, para luego pasar a

exponer cual es el régimen mediante el cual el Estado involucra a los particulares en la prestación de los servicios postales y determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad.

10.2 Correo Ordinario.

De acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 37 de la ley 80 de 1993 se entiende por servicio de correo *“la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aérea, dentro del territorio nacional”*. Indicando que *“el servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros”*.

Estos servicios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto No.229 de 1995 pueden ser prestados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente autorizadas por concesión otorgada mediante contrato, por el Ministerio de Comunicaciones vía superficie y/o aérea, a través de la red oficial de correos, dentro del territorio nacional e internacional.

Con relación a la prestación del servicio de correo nacional, establece el párrafo primero de la norma en mención que éste incluye el servicio de correos urbanos, entendido aquel como el que es prestado en el mismo municipio, área metropolitana o distrito de admisión de los envíos.

Por su parte el Ministerio de Comunicaciones por mandato del párrafo tercero Ibídem debe determinar las zonas y rutas de correo social, rural y urbano, donde no resulte económicamente

posible la prestación del servicio con el fin de contratar, con cargo al fondo de comunicaciones, la prestación de este servicio con el concesionario de correo que ofrezca mejores condiciones económicas y de calidad, dadas las tarifas fijadas por el ministerio.

10.3 Servicios especiales y financieros de correos.

Los servicios especiales de correos de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 del Decreto No. 229 de 1995 comprenden los servicios tradicionales de correo recomendado o certificado, asegurado, de entrega inmediata, de correo expreso, apartados postales, lista de correos, respuesta comercial, acuse de recibo, cupón de respuesta internacional, solicitud de devolución o modificación de dirección, almacenaje, así como los nuevos servicios que implementen los concesionarios en orden a ofrecer un servicio de alta calidad que satisfaga los requerimientos de los usuarios.

Estos servicios al igual que los financieros de correos, por mandato de la mencionada norma estarán a cargo de los concesionarios de los servicios de correos que, serán prestados por los concesionarios de los servicios de correos. Igualmente, se presta a través de concesiones otorgadas por el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones.

10.4 Mensajería Especializada.

Con relación al servicio de mensajería especializada, el inciso tercero del artículo 37 de la ley 80 de 1993 señala: *“se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con*

independencia a las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.” las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada, se encuentran reglamentadas en el párrafo del artículo 6 del Decreto No.229 de 1995, las cuales son:

Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual;

Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita, el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante;

Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar:

- Número de identificación del envío.
- Fecha y hora de admisión.
- Peso del envío en gramos.
- Valor del servicio.
- Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.
- Fecha y hora de entrega;

Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión o guía, adherido al envío;

Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a: Veinticuatro (24) horas en servicio urbano. Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país. Noventa y seis (96) horas en servicio internacional, y

Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada, puede exigir la prueba de entrega del envío, donde consta fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.

10.5 Régimen de contratación de las concesiones y de las licencias para la prestación de servicios postales.

Habiendo definido los servicios postales pasamos a indicar cual es el régimen que ha establecido la ley para la concesión y licencias de estos servicios, de esta manera tenemos que el párrafo 1º del artículo 37 de la ley 80 de 1993 ha señalado que los servicios de correo se concederán mediante contrato a través del procedimiento de selección objetiva de que trata dicha ley, y que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

10.5.1 Contratos de concesión para el servicio de correos.

La prestación del servicio de correo nacional vía superficie y aérea, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de Decreto No.229 de 1995 (reglamentario del artículo 37 de la ley 80 de 1993) se concederá mediante contrato con personas naturales y jurídicas, a través de licitación conforme a la estructura procedimental de selección objetiva y con arreglo a los principios de transparencia, y responsabilidad, de que trata la Ley 80 de 1993.

Para la adjudicación indica el mencionado decreto que esta se hará en consideración a factores tales como infraestructura física y técnica, organización administrativa y operativa, calidad y cobertura del servicio; para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones dentro del pliego de condiciones de la licitación debe establecer las calidades y requisitos de los concesionarios y las condiciones del servicio de correo nacional, teniendo en cuenta, entre otros factores:

Debe tratarse de personas jurídicas cuyo objeto social incluya la prestación de servicios postales.

El concesionario no debe estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones contempladas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Los proponentes deberán cumplir al menos con las siguientes condiciones:

Cobertura del servicio. Los proponentes deberán garantizar la prestación del servicio en todo el

territorio nacional, de acuerdo con los planes de cubrimiento establecidos por el Ministerio de Comunicaciones;

Calidad del servicio. Los proponentes deberán cumplir como mínimo con las especificaciones de calidad que establezca el Ministerio de Comunicaciones;

Organización administrativa y operativa. Los proponentes deberán acreditar que disponen de una organización administrativa y operativa que les permita prestar el servicio de manera adecuada;

Infraestructura física y técnica. Los proponentes deberán contar con la infraestructura física y técnica necesaria que les permita dar cumplimiento a los servicios que ofrezcan, y,

Red Postal. Los proponentes deberán acreditar la disponibilidad de una red postal y el correspondiente plan de admisión, clasificación, transporte y entrega de los envíos.

Por otra parte establece el mencionado decreto en su artículo 15 que la Administración Postal Nacional (ADPOSTAL), prestará el servicio de correos nacional e internacional, a través de concesiones que le otorgará el Ministerio de Comunicaciones, mediante contratación directa.

Frente a este aspecto es importante tener en cuenta que con ocasión de la reestructuración realizada a ADPOSTAL ordenada por el Decreto No.2124 de 1992, el presidente de la república a través del Decreto No.4310 de 2005, autorizó a la Administración Postal Nacional a constituir una sociedad filial, conforme al artículo 49 de la Ley 489 de 1998 el cual dispone que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de

economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

De esta manera, luego de agotado el mencionado tramite, mediante Escritura Pública No. 2428, del 25 de noviembre de 2005, otorgada en la Notaría Cincuenta del Círculo de Bogotá, se constituyó una sociedad filial de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio De Comunicaciones, bajo la modalidad de sociedad anónima, denominada Servicios Postales Nacionales S.A., gozando de autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal; ejerciendo sus actividades dentro del ámbito del derecho privado, como empresario mercantil; y sujetando su funcionamiento, organización y régimen jurídico de actos, contratos, servidores y relaciones con terceros a las disposiciones estipuladas en los Numerales 1, 2, 4 y 6 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998 relacionados con el régimen de las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado.

Posteriormente el 25 de agosto de 2006 el presidente de la república mediante Decreto No. 2853 de 2006, en uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las concedidas en el Numeral 15 del artículo 189 de la Constitución política, en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto Ley 254 de 2000, procedió a la supresión y liquidación de ADPOSTAL.

Igualmente en la misma fecha en pro de garantizar la continuidad en la prestación del servicio postal y teniendo en cuenta el artículo 4 del Decreto 2853 de 2006 (en especial los Numerales 2 y 7) el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2854 de 2006, por medio del cual designa a la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., como la encargada de llevar a cabo todas las actividades relacionadas con la prestación de los servicios Postales, convirtiéndose así en el Operador Postal Oficial.

Como consecuencia de lo anterior el 31 de agosto de 2006, el Ministerio de Comunicación, por medio de la Resolución No. 002194 de agosto 31 de 2006, subroga a Servicios Postales Nacionales S.A., todos los títulos habitantes y derechos que contaba ADPOSTAL para la prestación del servicio postal y en virtud de la Resolución No.002171, le otorga a Servicios Postales Nacionales S.A., por el término de cinco (5) años prorrogables por una sola vez, la licencia para prestar el servicio postal de Mensajería Especializada a nivel Nacional y en conexión con el exterior.

10.5.2 Licencias para la prestación de servicios postales.

Con relación a este tipo de licencias el inciso segundo del párrafo primero del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia, de igual manera el artículo 17 del decreto 229 de 1995 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada nacional, y en conexión con el exterior, se concederá directamente, en régimen de libre competencia, a personas naturales o jurídicas, mediante licencia, con arreglo a los principios de transparencia, economía

y responsabilidad de que trata la Ley 80 de 1993, debiendo cumplir con los siguientes requisitos para su otorgamiento:

k.- Solicitud escrita, donde se deberá informar en forma clara y precisa, sobre las siguientes características esenciales del servicio, y aportar lo siguiente:

-Clase de mensajería especializada que prestara la empresa, nacional y / o en conexión con el exterior.

-Localidades del país y países desde y hacia donde se prestara el servicio;

-Razón social y nombre con el que se distinguirá el servicio;

-Tiempo de entrega que ofrecerá a los usuarios. En ningún caso los tiempos de entrega que se ofrezcan podrán ser superiores a los exigidos en el artículo 6 del citado Decreto;

-Una póliza de seguros o una garantía bancaria, expedida por una compañía de seguros o entidad debidamente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria, que garantice la admisión, transporte y entrega de los envíos, en concordancia con el artículo 6 del presente decreto, así como los daños y perjuicios a que puedan tener derechos los usuarios del servicio, por un monto de por lo menos trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales; vigente por el término de la concesión y un año más. El monto que cubre la póliza de que trata este literal deberá mantenerse siempre vigente. Su

incumplimiento dará lugar, en cualquier caso, a la cancelación de la licencia;

-Clase de garantías que ampararan el pago de indemnizaciones, incluido el servicio asegurado, cuando el cliente o usuario así lo requiera, y

-Descripción de la organización administrativa y operativa, infraestructura física y técnica; recursos humanos y esquema del plan de recolección, admisión, transporte y distribución.

-Acreditar ser persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal inscrita en la cámara de comercio, cuya actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los servicios de mensajería especializada, con un capital social, suscrito y pagado, no inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

-Ser capaz para contratar y no estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones, de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública.

Frente al término de duración de la licencia el artículo 18 del decreto 229 de 1995 indica que estas licencias serán otorgadas por un término de cinco (5) años, prorrogables por un lapso igual al inicial, previo permiso del Ministerio de Comunicaciones.

De igual manera el artículo 19 del mencionado Decreto señala que para la cesión de los derechos otorgados a particulares por la concesión o licencia de los servicios postales, esta

deberá ser previamente autorizada por el Ministerio de Comunicaciones. La cual en ningún caso se producirá antes de transcurridos dos (2) años de su otorgamiento; debiendo el cesionario brindar las mismas condiciones y garantías de servicios del cedente; por lo cual es no solo conveniente sino indispensable identificar plenamente al cesionario y presentar los documentos que acrediten a los Representantes Legales, tanto al cedente como al cesionario. Y que su actividad mercantil u objeto social contempla la prestación de los Servicios de Mensajería Especializada.

El artículo 20 por su parte faculta a los concesionarios o licenciarais de los servicios postales para que contraten con terceros y bajo su responsabilidad e identificación, algunas de las actividades operativas necesarias para la prestación del servicio, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

10.6 Régimen especial de los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones.

Con la expedición de la Ley 72 de 1989 y el Decreto No.1900 de 1990 se estableció el marco jurídico del sector de las telecomunicaciones y que sus servicios serían prestados por el Estado a través del sistema de gestión directa o indirecta por el mecanismo de concesión, abriendo el mercado de la prestación de estos servicios a la competencia donde participan en igualdad de condiciones las Empresas Industriales y Comerciales del Estado frente a las Empresas de economía mixta y privadas.

Telecomunicaciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley 1900 del 19 de agosto de 1990 es toda emisión, o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.

El régimen de contratación de estos servicios de acuerdo al artículo 33 de la Ley 80 de 1993 actividad de telecomunicaciones y servicio de telecomunicaciones, estableciendo como punto de diferencia el uso, la necesidad que satisfacen uno y otro y la conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de comunicaciones. De esta manera el inciso primero del mencionado artículo indica que se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para *uso particular y exclusivo*, a fin de satisfacer *necesidades privadas* de telecomunicaciones, y *sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones*. Asimilando esta actividad para todos los efectos legales a servicios privados (Cursiva fuera de texto).

Por su parte el inciso segundo de la norma en mención indica que se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, *con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros*, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior (Cursiva fuera de texto).

La clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones de acuerdo a lo señalado en el inciso tercero de la norma en mención será la establecida en el Decreto ley

1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

De esta manera el inciso cuarto del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 dispone que los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

Así pues el artículo 2 del Decreto Ley 1900 de 1990 señala que se entiende por operador una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley; artículo que fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1994, señalando lo siguiente:

En primer término debe anotarse que el Decreto No.1900 de 1990 al cual pertenecen las disposiciones acusadas, modifica las normas que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines. Y es así como en el inciso segundo del artículo 2o., se consagra la definición de "operador" para los efectos propios establecidos en dicho ordenamiento; disposición que no vulnera mandato constitucional alguno, pues es potestad del legislador expedir los reglamentos necesarios que rigen la prestación del servicio público de telecomunicaciones e incluir dentro de sus mandatos normas destinadas a precisar algunos conceptos para la debida aplicación de las mismas.

La razón de ser de la expresión, "en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la

ley", aparte que el actor impugna, radica simplemente en que el servicio de telecomunicaciones puede ser prestado directamente por el Estado o por los particulares mediante concesiones, mandato que tampoco infringe la Carta, y por el contrario se adecua a sus mandatos, pues según el artículo 365 el Estado está autorizado para prestar los servicios públicos en forma directa o indirecta, "por medio de comunidades organizadas, o por particulares.

En el artículo 20, se exige permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones para usar frecuencias radioeléctricas, estableciéndose que en caso de ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, se requiere de nuevo permiso, señalándose el término de duración y su renovación. Y en el 39, se establece la autorización previa del mencionado Ministerio, para el caso de que se vaya a establecer, usar, explotar, ensanchar, ampliar y renovar los servicios de telecomunicaciones, decisión que debe basarse únicamente en conceptos de orden técnico. Estas disposiciones, en criterio de la Corte, tampoco vulneran la Constitución, ya que se adecuan a lo contemplado en los artículos 75, 76 y 365 de ese Estatuto, que asigna a la ley la tarea de regular el uso del espectro electromagnético, y al Estado ejercer su control y vigilancia; además, es labor del legislador regular los servicios públicos, y las telecomunicaciones lo son. Recuérdese que es el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, quien debe adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación, y control de todos los servicios de dicho sector (art. 1o. ley 72 de 1989).

En el aparte demandado del artículo 40 se permite la contratación directa para la prestación de servicios de difusión, disposición que armoniza con la potestad del legislador de reglamentar el servicio de telecomunicaciones y con la autorización expresa consignada en el artículo 365 ibidem, que como ya se dijo, ordena al Estado prestar directa o indirectamente, por medio de

los particulares o de comunidades organizadas, los servicios públicos. Cabe agregar que esta norma concuerda, además, con la contenida en la ley 80 de 1993 (artículo 33) recientemente expedida, y que se denomina, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Indica el inciso quinto del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 que las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, son los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Por tanto de acuerdo a lo señalado en el Capítulo II del Título III del Decreto No.1900 de 1990, la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.

Así pues la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva. En el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas anteriormente, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.

Por su parte la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, puede hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el ministerio de Comunicaciones; o a través de la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta; requiriéndose en estos casos de autorización expresa de las localidades.

En el nivel territorial, las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo; pudiendo prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, la cual es otorgada sólo en consideración a razones de orden técnico.

Los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales se harán exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y de televisión. Las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional en las cuales participen asociaciones conformadas por entidades descentralizadas de cualquier orden territorial también podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios

Para la recepción directa de señales internacionales el ministerio podrá permitir a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción la recepción directa de señales internacionales de televisión destinadas a ser transmitidas a los suscriptores o abonados del servicio. De igual manera este permiso podrá ser otorgado a personas naturales o jurídicas para la recepción de material noticioso o informativo internacional destinado a ser transmitido al público a través de los servicios de televisión y radiodifusión. Debiendo en todo caso ajustarse a las disposiciones sobre derechos de autor quienes reciban estos permisos.

10.6.1 Criterios para otorgar las concesiones.

Para el otorgamiento de las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo señalado en el artículo 40 del Decreto No.1900 de 1990 los servicios básicos podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituidas; los servicios de difusión mediante contratación directa, con la salvedad indicada en el artículo siguiente; los servicios telemáticos y de valor agregado mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional y los servicios especiales mediante licencia. Prohibiéndose que en ningún caso los concesionarios de servicios básicos puedan prestar servicios telemáticos o de valor agregado sin la correspondiente licencia.

Estos contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones cuyo objeto es la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son considerados por el Decreto Ley 1900 de 1990 contratos administrativos razón por la cual en lo no reglado en él, se rigen por las normas de la Ley 80 de

1993, la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones que las sustituyan, modifiquen o adicionen.

10.6.1.1 Larga Distancia Nacional.

El servicio de Larga Distancia Nacional, es un servicio público de telecomunicaciones regulado por la Ley 142 de 1993, cuya definición se aprecia en el artículo 14 numeral 27, de la citada ley, y el servicio público de larga distancia nacional e internacional se integra por la telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.

De otra parte, los contratos de concesión de los servicio de telecomunicaciones son el mecanismo contractual dispuesto para la prestación de servicios por parte de particulares. Cabe mencionar que la Ley 1341 de 2009 reguló lo relativo con los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– y creo la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones, quedando derogado el artículo 34 de la Ley 80 de 1993 que regula lo relativo a la concesión para la prestación de los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga distancia nacional e internacional, exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos la citada nueva legislación. De otra parte el artículo 31 de la citada Ley 142, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo

que la Ley 142, disponga otra cosa.

Entonces de acuerdo a las previsiones normativas del inciso segundo del artículo 31 de la citada Ley 142, las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. La norma reza además, que cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Pero además, expresamente señala un término perentorio, en el sentido de señalar que las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

10.6.1.2 Larga Distancia Internacional.

El servicio público de telecomunicaciones en Colombia se divide en dos grandes asuntos, en primer lugar, están los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios cuya regulación se desarrolló mediante la expedición de los Decretos Nacionales No.1900 de 1990 por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de

telecomunicaciones y afines y las Leyes 37 de 1993 mediante la cual se reguló la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictaron otras disposiciones y la Ley 555 de 2000, mediante la cual se reguló la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictaron otras disposiciones.

Cabe precisar que las anteriores normas fueron derogadas exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos en la nueva legislación, así lo prevé el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, sin perjuicio del régimen de transición previsto en la misma ley.

En segundo lugar, están los servicios de telecomunicaciones domiciliarios regulados por la Ley 142 de 1994 mediante la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictaron otras disposiciones, la Ley 142 ha sido modificada parcialmente por la Ley 1341 de 2009; por la Ley 1151 de 2007; por la Ley 1117 de 2006; por la Ley 1107 de 2006; por la Ley 812 de 2003; por el Decreto Nacional No.990 de 2002; por la Ley 732 de 2002; por la Ley 689 de 2001; por la Ley 632 de 2000; por la Ley 599 de 2000; por el Decreto 2474 de 1999; por el Decreto 1171 de 1999; por la Ley 383 de 1997; por la Ley 286 de 1996; por el Decreto 2150 de 1995, por el Decreto 548 de 1995; por la Ley 223 de 1995 y por la Ley 177 de 1994.

Ahora bien el artículo 34 numeral 3 de la Ley 142, hacia referencia a la Comisión reguladora de telecomunicaciones, el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, hace lo propio desarrollando lo relativo a la creación, naturaleza y objeto de la Comisión de regulación de Comunicaciones,

expresamente señalando que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y que la misma es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, pero además, que para tales efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la ley 1341.

También los artículos 20, 21, 22, 23 y 24 de la citada Ley 1341, en su orden, se encargan establecer la composición de la Comisión de Regulación de Comunicaciones; el régimen de inhabilidades para ser comisionado; las funciones de la Comisión; la regulación de precios de los servicios de telecomunicaciones y la contribución que deben prestar todos los proveedores sometidos a la regulación de la Comisión equivalente al pago de una contribución anual hasta del uno por mil (0,1%), de sus ingresos brutos por la provisión de sus redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales, con el fin de recuperar los costos del servicio de las actividades de regulación que preste la Comisión.

Ahora bien, para poder operar el tráfico telefónico de larga distancia, se debe contar con las respectivas licencias y autorizaciones para acreditarse como operador habilitado y para lo propio en el tráfico internacional, corresponde a los operadores de larga distancia existentes,

por ser los únicos que cuentan con autorización para enviar y cursar este tipo de tráfico.

En consecuencia corresponde al Ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la citada Ley 1341, las funciones señaladas en la Constitución, en la Ley 489 de 1998 y aquellas a las que hace referencia el artículo 18 de la Ley 1341, entre otras, las siguientes:

6. Planear, asignar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico con excepción de la intervención en el servicio de que trata el artículo 76 de la Constitución Política, con el fin de fomentar la competencia, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas.
7. Establecer y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de todas las Frecuencias de Colombia con base en las necesidades del país, del interés público y en las nuevas atribuciones que se acuerden en las Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, así como los planes técnicos de radiodifusión sonora.
10. Ejecutar los tratados y convenios sobre tecnologías de la información y las comunicaciones ratificados por el país, especialmente en los temas relacionados con el espectro radioeléctrico y los servicios postales.
12. Vigilar el pleno ejercicio de los derechos de información y de la comunicación, así como el cumplimiento de la responsabilidad social de los medios de comunicación, los cuales deberán contribuir al desarrollo social, económico, cultural y político del país

y de los distintos grupos sociales que conforman la nación colombiana, sin perjuicio de las competencias de que trata el artículo 76 de la Constitución Política.

14. Propender por la utilización de las TIC para mejorar la competitividad del país.
18. Formular y ejecutar políticas de divulgación y promoción permanente de los servicios y programas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promoviendo el uso y beneficio social de las comunicaciones y el acceso al conocimiento, para todos los habitantes del territorio nacional.
20. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.cho-.

Finalmente, el Decreto Nacional No.2870 de 2007 adoptó medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de Telecomunicaciones, fijando como objeto de la norma el establecer un marco reglamentario que permita la convergencia en los servicios públicos de telecomunicaciones y en las redes de telecomunicaciones del Estado, asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio, así como promover la competencia entre los diferentes operadores.

10.6.1.3 Servicio de Internet.

La ley 527 de 1999, define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. De otra parte, la Ley 588 de 2000 que reglamento la actividad notarial, permite a los Notarios Públicos y a los Cónsules dar fe de la autenticidad de las firmas y documentos digitales que se requieran para la celebración de negocios vía Internet.

Ahora bien, el Decreto Nacional No.1747 de 2000, reglamentó parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

De otra parte los artículos 192 y 196 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, en su orden, establece que es conducta ilícita el sustraer, ocultar, extraviar, destruir, interceptar controlar o impedir una comunicación privada dirigida a otra persona, o se enterar a otro indebidamente de su contenido y que también constituye conducta punible la violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial.

De otra parte, los artículos 195 del Código Penal modificado por el artículo 25 la Ley 1288 de 2009 por medio de la cual se expidieron normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictaron otras disposiciones y también el artículo 199 del Código Penal, hacen expresa referencia a los delitos de acceso abusivo a un sistema informático protegido con medida de seguridad o que se mantenga contra la voluntad de quien

tiene derecho a excluirlo y el artículo 199 del Código Penal modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, prevé el delito de sabotaje, cuya finalidad busca paralizar o suspender el trabajo destruyendo, inutilizando, desapareciendo o de cualquier otro modo dañando....bases de datos, soportes lógicos, instalaciones o equipos.

La Internet, constituye un servicio público prestado por empresas de prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, contratado por las administraciones públicas a través de procedimientos de selección abreviada conforme a la Ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 2474 de 2008, pero igualmente si el proveedor es una entidad pública de aquellas a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se puede contratar este servicio a través de contrato interadministrativo.

10.7 Régimen especial de los contratos de radiodifusión.

El artículo 35 de la Ley 80 de 1993 señala que los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.

Por disposición expresa de dicho artículo el servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por dos (2) horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiosas de carácter judicial.

El párrafo primero señala que el servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

El párrafo segundo señala que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico en el que, conforme a los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer el espíritu de esta norma.

10.8 Régimen especial de los contratos para la prestación de telefonía móvil celular – TMC.

La prestación del servicio de telefonía móvil celular se encuentra regulado en la Ley 37 de 1993, la cual en su artículo primero lo define como un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

Para su prestación, dispone el artículo tercero de la norma en mención que esta se encuentra a cargo de la Nación, quien lo podrá hacer de manera directa o indirecta, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Como regla general el servicio se prestará en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato administrativo.

En caso de otorgarse en gestión indirecta, mediante contrato administrativo, este deberá realizarse previa licitación pública, la cual se someterá a las regulaciones previstas en la Ley 80 de 1993, o a las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, la Ley 37 de 1993, el Decreto-Ley 1900 de 1990 y las disposiciones contenidas en el Decreto No.741 de 1993; debiendo observar los principios de igualdad y de acceso democrático. El acto de adjudicación

tendrá lugar en audiencia pública

Lo anterior por el parágrafo del artículo 33 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha Ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.

Estos procesos de contratación corresponde adelantarlos al Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, Por ser la telefonía móvil celular un servicio de ámbito y cubrimiento nacional, razón por la cual no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales. Competencia que incluye la planeación, regulación, control y la concesión del servicio; en cumplimiento de los objetivos y funciones previstas en el Decreto Ley 1901 de 1990 debiendo velar además por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

10.8.1 De los prestadores de servicios de telefonía celular.

Señala expresamente el inciso segundo del mencionado artículo 3 de la Ley 37 de 1993, que estos contratos sólo podrán celebrarse con sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular.

Las sociedades privadas o mixtas que deseen ser prestadoras de este servicio deberán estar constituidas como sociedades anónimas. Las sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad. Esta disposición, contenida en el parágrafo artículo 3 de la Ley 37 de 1993 fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-318 de 1994 en la cual señalo:

No es contrario a la Constitución que las empresas estatales o las sociedades de economía mixta, puedan, en los términos que la ley señala, intervenir en un plano de igualdad con las sociedades privadas, para obtener la adjudicación de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular. A este respecto, cabe señalar que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, por regla general, se someten al derecho privado y, excepcionalmente, al derecho público. El principio general dentro del sistema económico es la igualdad (CP artículo 13) y a él sólo pueden excepcionalmente sustraerse las empresas públicas, cuando lo autorice la ley y por motivos de relevante interés público; de lo contrario, no se entiende cómo pueda pregonarse que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" (CP artículo 333). En este orden de ideas, cuando por decisión de la ley un aspecto - la gestión - de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, la garantía institucional de la libre competencia económica, trasunto de la igualdad en el terreno económico, cobra plena vigencia, frente a los operadores públicos y privados. De otra parte debe observarse que la intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también **servicios públicos** y que su finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la **competitividad**, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los

usuarios (CP art. 334). Los sujetos públicos no están, pues, exceptuados de la intervención estatal en la economía. No escapa a la Corte que una forma legítima de intervención en lo que hace a la gestión de un determinado servicio público, puede ser la de homologar a los operadores públicos y privados como competidores para su realización y prestación. Justamente a esto se contrae el artículo 3° acusado que luego de contemplar la hipótesis de la prestación indirecta del servicio a través del sistema de concesiones, procede a establecer las pautas conforme a las cuales se adelantarán las respectivas licitaciones y a fijar las condiciones que deben acreditar sus eventuales concesionarios.

Entendiéndose por sociedad anónima abierta aquella en que ninguna persona natural o jurídica sea titular, por si o por interpuesta persona, de más del 30% de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en las bolsas de valores.

Las anteriores reglas fueron reproducidas y desarrolladas en Decreto No.741 de 1993 (reglamentario de la Ley 37 de 1993) al disponer que podrán ser concesionarios del servicio de telefonía móvil celular las empresas estatales, las sociedades de economía mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia y también las sociedades privadas, que cumplan las condiciones establecidas en la Ley 37 de 1993 y en los artículos subsiguientes del decreto.

El artículo 23 del Decreto No.741 de 1993 señala los Requisitos generales que deben cumplir las sociedades que aspiren a ser adjudicatarias de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, disponiendo que estas deben estar constituidas en Colombia, conforme a las condiciones y requisitos establecidos por la legislación colombiana, en especial el Código

de Comercio.

10.8.2 Las sociedades privadas concesionarias del servicio de telefonía móvil celular.

El artículo 24 del Decreto No.471 de 1993 señala que las sociedades entre particulares, legalmente constituidas, que cumplan con los requisitos generales establecidos en la ley, que sean especializadas en telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular. Entendiéndose por sociedad especializada en telecomunicaciones aquella que tenga por objeto social la prestación al público de servicios de telecomunicaciones; las cuales deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo no mayor a cinco (5) años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad.

Estas sociedades abiertas son aquellas en las que ninguna persona natural o jurídica es titular, por sí o por interpuesta persona, de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en bolsa de valores, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que para este tipo de sociedades se establezcan en otras disposiciones legales.

10.8.3 Las sociedades de economía mixta adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular.

De igual manera puede adjudicarse la prestación del servicio de telefonía móvil celular a sociedades de economía mixta constituidas como sociedades anónimas especializadas en telecomunicaciones, o en telefonía móvil celular en particular de acuerdo con su objeto social, que cuenten entre sus socios al menos una empresa operadora del servicio de telefonía fija o convencional en Colombia, y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes.

En estas sociedades de economía mixta concesionarias de la prestación del servicio de telefonía móvil celular podrán participar directa o indirectamente, entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Las entidades descentralizadas del orden nacional que presten servicios de telecomunicaciones quedan autorizadas conforme lo establece el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 37 de 1993, para participar en sociedades de economía mixta, cuyo objeto sea la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Las entidades descentralizadas pertenecientes a las entidades territoriales podrán asociarse de conformidad con sus estatutos y las normas que regulan su existencia y funcionamiento.

10.8.4 Participación de las entidades del sector solidario de la economía en las empresas concesionarias del servicio de telefonía móvil celular.

El artículo 27 del Decreto No.741 de 1993 que reglamentó la telefonía móvil celular, dispone que las entidades adjudicatarias de las concesiones del servicio de telefonía móvil celular, deberán acreditar que por lo menos el diez por ciento (10%) de su capital social pertenece al sector social solidario de la economía para lo cual disponen de un plazo de cuatro (4) años contados a partir de la adjudicación de la concesión.

La participación de las entidades del sector social solidario en las sociedades adjudicatarias del servicio deberá mantenerse durante el término de la concesión, no obstante si por cualquier circunstancia, estas instituciones no participaren en la formación del capital social de las adjudicatarias, se les reservará el derecho de suscripción en el porcentaje legal mencionado durante cuatro (4) años a partir de la adjudicación de la concesión. Si aún las acciones no son suscritas por las entidades del sector social solidario se entenderá cumplida la obligación legal.

En todo tiempo durante la vigencia del contrato de concesión, la sociedad adjudicataria garantizará que en caso de enajenación de las acciones por parte de las entidades del sector social solidario, lo harán a otras entidades de ese mismo sector y sólo en caso de que pasado un período de cuatro (4) años su enajenación no sea posible podrá enajenarlas a otras personas, en este último caso perderán todo tratamiento privilegiado.

10.8 Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector social solidario.

El artículo 28 del Decreto No.741 mencionado, preceptúa:

Artículo 28º.- Las acciones pertenecientes al sector social solidario conferirán a sus titulares, además de los derechos de todo accionista y de los que les reconozcan leyes y tratamientos especiales, los siguientes privilegios:

Las acciones suscritas podrán ser pagadas dentro de un plazo de tres (3) años contados a partir de la fecha de la suscripción.

Las acciones serán excluidas de la obligación de suscripción en bolsa y negociabilidad.

Podrán tener además, cuando así lo prevea en los estatutos los privilegios de que trata el artículo 381 del Código de Comercio.

10.8.1 Valor de las acciones suscritas por entidades del sector social solidario.

En cuanto a la suscripción de acciones que realizan las entidades del sector solidario la norma preceptúa:

Artículo 29º.- La suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario antes de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión para la prestación del servicio

de telefonía móvil celular se hará de conformidad con el valor nominal de las acciones tal como aparezca en la propuesta de licitación.

La suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario en sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular con posterioridad a la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión, se ajustará al valor del mercado, certificado por la bolsa de valores tomando en consideración el promedio ponderado de las transacciones en bolsa del mes calendario inmediatamente anterior a la aprobación por parte de la Junta Directiva del reglamento de suscripción de acciones o del último mes en que las hubo.

10.8.2 De las empresas estatales que pueden ser concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Al igual que las sociedades de particulares y las de economía mixta, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular, las empresas estatales que presten el servicio de telefonía fija o convencional, las asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas asimiladas conforme a sus estatutos a empresas industriales y comerciales del estado o establecimientos públicos que presten el servicio de telefonía fija o convencional, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones.

10.8.3 Procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Los parágrafos 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 37 de 1993 señalan el procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión de prestación del servicio de telefonía móvil; indicando que el acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión, con una antelación de cinco días hábiles.

Dicha audiencia será presidida por el presidente del organismo competente para adjudicar, durante misma podrán intervenir, a solicitud de cualquiera de los miembros del organismo competente para adjudicar, los servidores públicos que hicieron los estudios y evaluaciones de las propuestas.

De igual manera podrán intervenir los proponentes por derecho propio, con el ánimo de pedir aclaraciones sobre los informes en que se sustente el acto de adjudicación; así como los asistentes al acto que tengan interés directo con el servicio o que puedan ser afectados con la prestación del mismo. En caso de que se presenten personas con el mismo interés, el presidente de la audiencia pública conformará grupos para que designen su respectivo vocero, a fin de agilizar las intervenciones y el desarrollo del acto.

El Ministerio de Comunicaciones informará al público sobre las ofertas, por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, una vez cerrada la recepción de las propuestas y antes de efectuarse la audiencia pública. Para tal efecto elaborará un cuadro comparativo de las propuestas presentadas.

El Ministerio de Comunicaciones deberá informar al público por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, el resultado de la licitación pública, dentro de los diez días hábiles siguientes a la adjudicación. La información deberá contener una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

(i) Registro de proponentes para la inscripción, calificación y clasificación de las personas naturales y jurídicas en la Cámara de Comercio del domicilio del oferente.

El artículo 31 del Decreto No.741 de 1993 señala que sólo podrán participar en la licitación para la adjudicación de la concesión del servicio de telefonía móvil celular las sociedades privadas, las de economía mixta y empresas estatales que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro de proponentes de carácter permanente que al efecto lleva el Ministerio de Comunicaciones denominado Registro de Proponentes del servicio de telefonía móvil celular; su finalidad fundamentalmente es la de determinar las empresas estatales, sociedades de economía mixta y particulares que tienen capacidad para participar en la licitación.

El Ministerio de Comunicaciones preparará el pliego de condiciones para la adjudicación de la licitación para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con sujeción a lo establecido en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1993 y normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, en especial la Ley 37 de 1993 y lo previsto en el presente Decreto. (Ver Ley 80 de 1993).

Prohíbe el Artículo 34 la declaración de urgencia evidente en el proceso licitatorio a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente, por tal razón en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se hará previo el trámite del proceso licitatorio y no podrá el Consejo de Ministros declarar urgencia evidente.

(ii) Planes de expansión del servicio.

El Ministerio de Comunicaciones por mandato del artículo 35 elaborará un plan mínimo de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular, para el área o áreas de servicio que el proponente aspire a obtener en concesión.

Dicho plan de expansión deberá establecer las etapas en que se cubrirán los municipios correspondientes; además formulará como parte integrante de este plan, un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, a fin de que los proponentes presenten su propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno a través de contratistas, o del concesionario cuando así lo determine la Nación.

(iii) Evaluación de las propuestas.

La selección de los adjudicatarios se hará con base en los criterios que señalen la ley, este Decreto y el pliego de condiciones, adjudicando el contrato al licitante cuya propuesta se estime más favorable, previos los estudios del caso.

En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y la ponderación de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones. Para la evaluación de los proponentes se tendrá en cuenta la calificación que se les haya otorgado en el Registro de Proponentes, en los términos que establezca la resolución que regula el registro y el pliego de condiciones, sin que en ningún caso supere el cinco por ciento (5%) del total de la valoración.

En todo caso, para la adjudicación de la licitación se verificará en primer lugar, que la propuesta cumpla los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y financiar y ejecutar, si la Nación así lo determine, el plan de expansión del servicio a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto.

Cumplidos los requisitos esenciales mencionados y el puntaje exigido en el pliego, para la adjudicación se preferirán las propuestas que presenten la mejor oferta económica.

En el pliego de condiciones para la concesión del servicio de la telefonía móvil celular, se establecerán las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de la red A y la red B para una misma área.

En todo caso en el proceso licitatorio, en la adjudicación de las concesiones para las áreas y en

la operación del servicio se deberán observar los principios de igualdad y de acceso democrático. Por lo tanto se garantiza la igualdad de los participantes y la selección objetiva, pública y transparente en la adjudicación.

Para lo anterior, además de los requisitos y condiciones establecidos en la Ley 80 de 1993 la adjudicación de la licitación para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se ajustará al siguiente procedimiento especial:

Una vez cerrada la licitación y antes de realizar la adjudicación el Ministerio de Comunicaciones informará al público al menos por un medio de comunicación social, de amplia circulación y difusión, el número de propuestas presentadas, su contenido básico y la sociedad o empresa estatal proponente. Para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones elaborará un cuadro comparativo que recoja la información básica sobre las propuestas presentadas.

El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión con una antelación de cinco (5) días hábiles a la fecha de realizarse la audiencia.

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la convocatoria pública podrán inscribirse, en la Secretaría General del Ministerio de Comunicaciones, las personas que deseen asistir al acto y que acrediten interés directo con el servicio o que puedan ser afectadas con la prestación del mismo.

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución que será expedida antes de realizar la audiencia pública de adjudicación de la licitación, fijará las condiciones para la celebración de la misma. En dicha resolución se establecerá, con sujeción a la Ley 37 de 1993, por lo menos, los participantes en la audiencia, quienes podrán intervenir, duración de las intervenciones, criterios para conformar grupos de interés que puedan participar, designación de voceros, orden de las intervenciones y en general todos los asuntos atinentes al desarrollo del acto.

Una vez realizadas todas las intervenciones, criterios y aclaraciones que los participantes consideren de interés, se hará un receso que en ningún caso será mayor de cuarenta y ocho (48) horas en el cual la Junta de Licitaciones del Ministerio de Comunicaciones formalizará su concepto sobre la adjudicación. Reanudada la audiencia el Ministro de Comunicaciones expedirá resolución motivada y procederá a hacer pública la decisión de adjudicación de la licitación. Dado a conocer el resultado de la adjudicación no se permitirá nuevas intervenciones aunque los participantes podrán dejar las constancias escritas que consideren del caso. Contra la resolución que adjudica la licitación no procederá ningún recurso en la vía gubernativa.

Una vez adjudicado el contrato el Ministerio de Comunicaciones informará al público por lo menos por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión; el resultado de la adjudicación pública de los diez (10) días hábiles siguientes a la adjudicación. Esta información contendrá una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

(iv) Perfeccionamiento del contrato.

Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta será irrevocable y obliga por igual a la entidad y al adjudicatario. El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir requisitos que según el pliego de condiciones sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido no firmare el contrato o no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, el Ministerio de Comunicaciones podrá optar entre abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas o adjudicar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, al proponente calificado en segundo lugar para la correspondiente área; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los treinta (30) días siguientes, el Ministerio de Comunicaciones podrá adjudicarlo al proponente calificado en tercer lugar dentro de la respectiva área. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 37 de 1993.

El artículo 42 del Decreto No.741 de 1993 señala que harán parte integrante del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, además de la minuta que suscriben las partes, el pliego de condiciones, las propuestas de los oferentes incluyendo todos sus anexos y los reglamentos que en relación con el servicio y con las redes expida el Ministerio de Comunicaciones.

10.8.4 Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular.

El Artículo 43° señala que además de las previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983 (derogado por la Ley 80 de 1993), de las especialmente establecidas en otras disposiciones legales y las que se prevén en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, son causales para declarar la caducidad del contrato de concesión que se incluirán en el respectivo contrato, las siguientes:

- Haber suministrado información falsa en la inscripción en el registro de proponentes;
- Para las sociedades privadas el no transformarse en sociedades anónimas abiertas dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de la adjudicación de la concesión.
- El incumplimiento o atraso reiterado en el cronograma correspondiente a los planes de expansión del servicio, previo el requerimiento del Ministerio de Comunicaciones.
- La violación a la prohibición de incurrir en prácticas monopolísticas impidiendo la libre competencia en los términos establecidos en la ley, el presente Decreto y el pliego de condiciones de la licitación.

-El no prestar con eficiencia y regularidad los servicios materia de la concesión de acuerdo con las reglas de calidad que se establezcan en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión, previo requerimiento para su cumplimiento por parte del Ministerio de Comunicaciones.

-Por suspensión total o parcial del servicio sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada.

-Por modificar sustancialmente las redes que le han sido autorizadas o las condiciones de prestación del servicio, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-Por permitir la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades que sean concesionarias del servicio antes de tres (3) años, contados desde la fecha de la concesión.

-Por ceder o transferir en contradicción a la ley, el contrato de concesión y en todo caso sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-No cumplir con la condición prevista en el artículo 27 de este Decreto, sobre propiedad de acciones en el sector social solidario.

-El incumplimiento de las obligaciones contractuales con el Ministerio de Comunicaciones, en especial el no pago de los derechos, tasas o tarifas derivados del contrato.

-El no actualizar el registro de abonados o incurrir en cualquier información falsa que afecte la cuantificación de las obligaciones económicas con la Nación-Ministerio de Comunicaciones.

10.8.5 Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades prestadoras del servicio de telefonía móvil.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 37 de 1993 el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular no podrá cederse total ni parcialmente antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión del servicio, y en todo caso requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

Pese a lo anterior el artículo 45 del Decreto No.741 de 1993 señala que los accionistas de las sociedades privadas y de las de economía mixta que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular no podrán enajenar las acciones, de las sociedades antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión del servicio.

Así mismo prohíbe a las sociedades la enajenación de las acciones que las pueda conducir al cambio de naturaleza jurídica.

En todo caso se harán las previsiones estatutarias correspondientes en todas las sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular para que se reserve el diez por ciento (10%) de las acciones para que sean adquiridas por entidades del sector social solidario. Los socios de sociedades privadas que deban convertirse en sociedades abiertas se someterán a las reglas de inenajenabilidad prevista en este artículo. Antes del quinto año de la concesión deberá

cumplir con la exigencia de convertirse en sociedades anónimas abiertas en los términos del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 37 de 1993.

Tampoco se podrá durante el mismo término de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato ceder las acciones en las mismas sociedades.

10.9 Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS-.

El artículo 2 de la Ley 555 de 2000 define los servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS - como servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes.

Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.

La prestación de estos servicios según lo señalado en el artículo 4 de la norma en comento, son responsabilidad de la Nación, quien al igual que en los servicios de telefonía móvil los podrá prestar en gestión directa, o indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta.

Estos contratos por disposición del artículo quinto de la norma ibídem se adjudican previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la ley 555 de 2000, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen; prohibiendo en todos los casos adjudicarlos a través del proceso de contratación directa. Señalando que para su adjudicación, esta se realizará por el procedimiento de subasta y tendrá lugar en audiencia pública, debiendo esta en todo caso observar los principios de igualdad, acceso democrático y trato no discriminatorio.

Dado que este servicio es de ámbito y cubrimiento nacional y que el espectro radioeléctrico es un bien público de la Nación, el Ministerio de Comunicaciones es el responsable de otorgar la concesión, quien en cumplimiento de sus objetivos y funciones debe adelantar los procesos de contratación y velar por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

El objeto de la concesión es otorgar los derechos y fijar las obligaciones para la prestación, por cuenta y riesgo del concesionario, de los servicios de comunicación personal, PCS, esta comportará adicionalmente, el permiso para el uso del espectro radioeléctrico atribuido para la prestación de servicios PCS y la autorización para el establecimiento de la red asociada a la prestación de los mismos.

De conformidad con el artículo 27 del Decreto No.575 de 2002, inicialmente se debe otorgar una concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, en cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica, las cuales corresponderán a las establecidas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la Ley 37 de 1993 y sus reglamentos.

Las cuales deben otorgarse dentro de los límites de la Ley 555 de 2000 y el mencionado decreto, en las oportunidades que para el efecto establezca el Ministerio de Comunicaciones; pudiéndose adjudicar a un mismo proponente más de un área y para el efecto, considerando en el pliego de condiciones tanto (i) la puja en el procedimiento de subasta, como (ii) el propósito de que las concesiones deben garantizar el cubrimiento nacional, la maximización de los ingresos a la Nación y las mejores condiciones a los usuarios. Debiéndose velar en todo caso por la compatibilidad de tecnologías que permita el cubrimiento nacional de las RPCS, tal como lo dispone el artículo 9º del Decreto No.575 de 2002, de manera que los costos a transferir a los usuarios sean menores y redunden en beneficio de estos a través de las tarifas y promuevan la sana competencia con los demás operadores de servicios de telecomunicaciones. Contempla el artículo 29 de la norma *Ibíd*em que por el sistema de subasta, se otorgarán nuevas concesiones adicionales a las previstas en el artículo 27 del presente decreto después de tres (3) años contados a partir de la fecha de promulgación de Ley 555 de 2000.

En el proceso para la obtención de las nuevas concesiones podrán participar, sin ningún tipo de restricción, todas las personas jurídicas que cumplan con lo establecido en el artículo 33 de este decreto y con las condiciones del proceso licitatorio que para el efecto adelante el Ministerio de

Comunicaciones, de conformidad con la Ley 555 de 2000, el presente decreto y, en lo no previsto, por la Ley 80 de 1993.

El plazo de la concesión para los servicios PCS según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 555 de 2000 y el artículo 30 del Decreto No.575 de 2002 es de diez años, pudiéndose prorrogar esta concesión por un período igual o menor, por solicitud del concesionario, en fecha que no será posterior al octavo año del período inicial de la concesión.

Debiendo el Concesionario en todo caso encontrarse, en la fecha de la solicitud, al día con las obligaciones que se le imponen bajo el contrato de concesión. La prórroga causará el pago del monto que determine el Ministerio de Comunicaciones en el pliego de condiciones. La solicitud aquí regulada deberá ser presentada al Ministerio de Comunicaciones antes del vencimiento del octavo año del período inicial de la concesión, quien deberá dar respuesta dentro del término legal.

El pago correspondiente se hará, a más tardar, el último día del décimo año de la concesión, so pena de caducidad. Los pagos periódicos durante la prórroga continuarán rigiéndose por lo establecido en el contrato prorrogado. En todo caso, el operador deberá estar al día con sus obligaciones, en la fecha de suscripción de la prórroga, la cual solo podrá suscribirse dentro de los tres (3) meses anteriores al vencimiento del término inicial del contrato de concesión.

10.9.1 Naturaleza Jurídica de los concesionarios prestadores del servicio -PCS-.

Los contratos de concesión para prestar servicios PCS según el artículo 7 de la norma Ibídem, sólo podrán celebrarse con personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones. Estas sociedades deben ser anónimas y deben inscribir sus acciones en una de las bolsas de valores nacionales, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión, so pena de caducidad.

De igual manera es permitido a las entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo y a las entidades descentralizadas del orden nacional, que tengan a su cargo la prestación de servicios de telecomunicaciones, participar directa o indirectamente en las sociedades mixtas.

El artículo 26 del Decreto No.575 de 2002 señala que podrán participar en la licitación y en la subasta para todas las concesiones de servicios PCS únicamente las personas jurídicas relacionadas en los artículos 33 y 34 del citado Decreto; es decir las personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, para las concesiones iniciales aplicaran los impedimentos y restricciones de que tratan los artículos 28 y 37 de este decreto, encontrándose entonces impedidos para participar en las concesiones iniciales y en el capital de los concesionarios las

siguientes personas:

1. Los concesionarios de telefonía móvil celular (TMC).
2. Los operadores nacionales de trunking.
3. Las matrices, filiales o subordinadas de uno cualquiera de los referidos en los numerales 1º y 2º anteriores.
4. Los accionistas de los concesionarios de TMC que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías.
5. Los accionistas de los operadores nacionales de trunking que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías, y
6. Las matrices, filiales o subordinadas de los accionistas mencionados en los numerales 4º y 5º anteriores.

Prohibiéndose a estas personas constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de servicios PCS; fijando en su artículo 37 el régimen de participación en el capital de empresas prestadoras de servicios de TMC o trunking nacional, señalando al respecto que los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas

de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios de PCS. Restricción que aplica únicamente en las concesiones iniciales.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 555 de 2000, los beneficiarios reales tampoco podrán ser o constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de los servicios de comunicación personal, PCS.

Estas restricciones o limitaciones dejarán de tener efecto una vez concluido el tercer año de las concesiones iniciales, contados a partir del perfeccionamiento del primer contrato celebrado.

10.9.2 Obligaciones de los Concesionarios de los servicios PCS.

Los concesionarios de los servicios PCS de acuerdo a lo señalado en los artículos 35 y subsiguientes del Decreto No.575 de 2002, todos los concesionarios de los servicios PCS se ceñirán a la normatividad y, entre otros, a los planes técnicos básicos, que adopten las autoridades competentes durante todo el plazo de la concesión. De acuerdo con la ley, en los contratos de concesión se establecerá que su ejecución y resultados serán por cuenta y riesgo del concesionario. En consecuencia, los riesgos comerciales, técnicos, financieros y administrativos de la concesión correrán por cuenta exclusiva de los concesionarios, al igual que los que se deriven de cambios de legislación, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse por daño

antijurídico.

Así mismo los concesionarios de PCS se someterán a las normas de competencia vigentes durante el plazo de su concesión. Adicionalmente, a la terminación de la concesión, estarán sujetos a observar aquellas normas de competencia que les sean aplicables después de la terminación, según la ley y el contrato de concesión.

Los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios de PCS. Esta restricción aplica únicamente en las concesiones iniciales.

Las sociedades privadas o mixtas que sean concesionarias de los servicios PCS deberán inscribir sus acciones en la bolsa de valores nacional, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión. La Superintendencia de Valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Los titulares de las concesiones de los servicios PCS que sean sociedades privadas o mixtas quedarán obligados a ofrecer en venta a inversionistas minoritarios al menos el 15% de las acciones en que se encuentre dividido su capital suscrito en la fecha del ofrecimiento o, si se

deciden por una oferta primaria, un número de acciones nuevas que, en su conjunto, representen no menos del 15% del total del capital suscrito como si la colocación fuera exitosa en el 100%, o sea un número equivalente al 17.64705882% de las acciones suscritas al tiempo del ofrecimiento. Dicho ofrecimiento deberá efectuarse a más tardar al cuarto año contado a partir del perfeccionamiento del respectivo contrato de concesión y será realizado a través de la bolsa de valores colombiana. El ofrecimiento podrá ser efectuado a través de cualquiera de los mecanismos que, en ese entonces, estén autorizados por la legislación de valores incluyendo pero no limitado a la oferta pública de venta de acciones y, de ser el caso, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 226 de 1995 o en las normas que la sustituyan o reformen. En el evento que la obligación aquí consagrada sea cumplida mediante una oferta primaria, el valor por acción será determinado con base en un método de valoración de empresas aceptado por la Superintendencia de Valores. Se entenderá por inversionista minoritario a aquel que, después de aceptar el ofrecimiento, quede con una participación no mayor al medio punto porcentual (0.5%) del capital suscrito de la sociedad.

En caso de Inversión extranjera el artículo 40 del Decreto No.575 de 2002, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 15 de la Ley 9ª de 1991, el artículo 6º del Decreto No.2080 de 2000 y el artículo 13 de la Ley 555 de 2000, podrá haber inversión extranjera en las sociedades concesionarias de la prestación de servicios de comunicación personal, PCS, con tratamiento igual a la inversión de nacionales colombianos, mediante aportes en sociedades anónimas constituidas de conformidad con la ley y este decreto.

10.9.3 Pérdida del permiso para el uso del espectro electromagnético estatal.

El artículo 8 de la Ley 555 de 2000, así como el artículo 31 del Decreto No.575 de 2002 señalan que el operador perderá el permiso para el uso del espectro después de cinco años de otorgadas las concesiones, en aquellos municipios donde no se esté utilizando el espectro radioeléctrico asignado o no se tenga un plan de utilización para los cinco años siguientes, caso en el cual el Ministerio de Comunicaciones podrá atribuir nuevamente y reasignar el espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Sin que lo anterior exima al operador de PCS del obligatorio cumplimiento del plan mínimo de expansión de que trata el artículo 10 de la Ley 555 de 2000.

Entendiéndose que, de acuerdo a lo señalado en el párrafo del artículo 31 del Decreto No. 575 de 2002, existe un plan de utilización del espectro cuando el concesionario haya, a más tardar dentro de los seis (6) meses inmediatamente anteriores a la finalización del 5 año de la concesión, sometido al Ministerio de Comunicaciones un plan para cubrir dichos municipios.

10.9.4 Procedimiento de selección de los contratistas.

Los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudicarán por el Ministerio de Comunicaciones mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la Ley 555 de 2000, el 41 del Decreto No.575 de 2002 y en lo no previsto en estos, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Para ello el Ministerio de Comunicaciones, previo el inicio del procedimiento de contratación administrativa, informará en los medios de comunicación de amplia difusión y circulación el procedimiento para la concesión y la audiencia pública de adjudicación. Esta difusión se realizará de manera previa a la iniciación del procedimiento de selección objetiva de los concesionarios.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 42 del Decreto No.575 de 2002, una vez definidos los términos y condiciones del respectivo pliego de condiciones, informará a través de no menos de 2 medios de comunicación, de amplia difusión y circulación en el territorio nacional, (a) el objeto de la licitación, (b) quiénes pueden participar en la licitación (c) los aspectos principales del reglamento de la subasta, y (d) lugar, fecha y hora para la audiencia pública de adjudicación de la concesión. La apertura de cualquier licitación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 del decreto Ibídem, sólo podrá hacerse una vez efectuada esta publicación que, conjuntamente, deberán ser autorizadas mediante resolución motivada expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

De conformidad con el principio de transparencia, toda la documentación relativa al proceso será pública, salvo en los casos en que haya expresa reserva legal. El Ministerio de Comunicaciones informará al público los resultados parciales y finales, y cuáles proponentes cumplieron con los pliegos de condiciones; antes de efectuarse el procedimiento de subasta, en medios de comunicación de amplia circulación y difusión. De la misma manera deberá informarse y publicarse el resultado de la adjudicación.

De acuerdo a este mismo principio en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de servicios de comunicación personal, PCS, intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia por Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción.

La organización tendrá acceso a los documentos, aún a los reservados, y podrá asistir a las diligencias de preparación de pliegos licitatorios, evaluación de ofertas y selección de adjudicatarios. No participará en la adopción de decisiones.

(i) De los Pliegos de Condiciones.

El numeral 3 del artículo 9 de la Ley 555 de 2000 y el artículo 44 del Decreto No.575 de 2002, indican que en los Contratos para la Prestación de Servicios PCS, los pliegos de condiciones deben ser elaborados por el Ministerio de Comunicaciones y en ellos deberá establecer las condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas, económicas y demás que estime convenientes incluyendo los planes de expansión del servicio indicados en el artículo 6° del mencionado decreto, que obligatoriamente debe cumplir cada uno de los proponentes para poder participar en el procedimiento de subasta. Permitiendo el cumplimiento de dichas condiciones únicamente el derecho de poder presentar ofertas económicas.

Entre otras, el pliego de condiciones indicará las áreas de concesión licitadas y los procedimientos y plazos para (a) la presentación de preguntas, (b) la entrega de respuestas, (c) la

presentación de la documentación necesaria para evaluar la aptitud de los interesados en participar en la subasta, (d) el mecanismo de evaluación para la determinación de los interesados que calificarán para participar en la subasta, (e) la definición y comunicación a los interesados sobre el resultado de la calificación antes referida, (f) la subasta, (g) las audiencias públicas que se celebren, (h) la celebración del contrato e (i) las condiciones de operación que deben cumplir los concesionarios. En lo no previsto en la Ley 555 de 2000, el pliego de condiciones se ajustará a lo establecido en la Ley 80 de 1993 la Ley 1150 de 2007 y el Decreto No. 575 de 2002

El Ministerio de Comunicaciones podrá, de acuerdo a lo señalado en el artículo 46 del Decreto No.475 de 2002, en cualquier momento del proceso licitatorio, enmendar, aclarar o complementar el pliego de condiciones al igual que prorrogar cualquiera de los términos o plazos en ellos contenidos.

(ii) Evaluación y calificación de las propuestas.

Dentro de las condiciones mínimas que deben reunir los interesados para participar en la subasta el Ministerio de Comunicaciones considerará, entre otras, la transferencia de tecnología, los ofrecimientos en investigación y desarrollo y la generación de valor agregado interno en distinta forma tales como el talento nacional, el aporte de conocimiento a centros de investigación y la producción y ensamble de piezas y partes, sin que se limite a estos aspectos.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 47 del Decreto No.575 de 2002, una vez surtido el procedimiento de evaluación, calificación de los interesados e información que se establezca en el pliego de condiciones, incluido el de comunicación y discusión de las evaluaciones adelantadas que ordena la Ley 80 de 1993, y antes de la fecha señalada para que tenga lugar el procedimiento de subasta, el Ministerio de Comunicaciones informará al público cuáles proponentes quedaron habilitados para participar en la subasta, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional.

De igual manera, de conformidad con el numeral 4 del artículo 9 de la Ley 555 de 2000 y el artículo 48 del Decreto No.575 de 2002 de acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio de Comunicaciones deberá convocar por escrito dirigido a todos y cada uno de los interesados en la licitación que hayan resultado calificados para participar en la subasta, con no menos de cinco (5) días comunes de antelación, a una audiencia pública para:

Explicar el contenido de la reglamentación y

Permitir que los interesados presenten sus observaciones.

Con base en esta audiencia, el Ministerio de Comunicaciones realizará los ajustes que estime pertinentes a la reglamentación. Debiendo comunicar al público en general mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional, la fecha de celebración de esta audiencia, con no menos de tres (3) días comunes de antelación a su celebración.

(iii) Audiencia pública de subasta.

Teniendo en cuenta los principios generales de contratación, enunciados en el artículo 5 de la Ley 555 de 2000, los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudican por el Ministerio de Comunicaciones mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la citada Ley, en el Decreto No.575 de 2002 y, en lo no previsto por estos, por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, o las normas que la reglamentan, sustituyan, modifiquen o adicionen. Las subastas tendrán por objeto la escogencia de los mejores postores para la prestación, por concesión, de los servicios de comunicación personal, PCS.

De acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio de Comunicaciones realizará el procedimiento de subasta y de adjudicación de concesiones en audiencia pública, las cuales serán convocadas a través de medios de comunicación de amplia circulación y difusión, con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles. La audiencia será presidida por el Ministro de Comunicaciones.

En las concesiones iniciales a través de las subastas se escogerá un concesionario para cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica sin perjuicio que en dos o más de dichas áreas resulte un mismo adjudicatario. Las áreas referidas comprenderán el mismo territorio asignado a ellas en el proceso de concesión de TMC.

Por disposición del artículo 49 del Decreto No.575 de 2002 el Ministerio de Comunicaciones informará a los proponentes y al público en general, el valor mínimo o base de cada una de las áreas a conceder, tan pronto éstos sean determinados. Para el caso de las concesiones iniciales este valor se informará respecto de cada área. Para la determinación del valor mínimo el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta las recomendaciones del comité de participación privada, CPP, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Comunicaciones y el director del Departamento Nacional de Planeación. La comunicación aquí ordenada será efectuada de conformidad con lo que establezca el pliego de condiciones.

En la determinación del precio mínimo para las concesiones iniciales, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el principio de equilibrio económico con los operadores de TMC. Para este propósito se tendrán en cuenta, entre otros:

- El tamaño del mercado ofrecido a los operadores de TMC y a los de los servicios PCS;
- El término de exclusividad conferido a los operadores de TMC más aquel que haya cursado en exceso de dicha exclusividad;
- El número de usuarios de la RTMC;
- El valor inicialmente pagado por los operadores de TMC, correspondiente a lo que reste del término inicial de las concesiones;

-El valor pagado por los operadores de TMC por la prórroga de sus contratos de concesión hasta completar el término de las concesiones iniciales;

-Las condiciones sociales, políticas y económicas existentes al tiempo de la adjudicación de las concesiones de TMC y las que reinen al tiempo de las licitaciones para servicios PCS incluyendo el riesgo país tal como lo consideran las entidades multilaterales y los mercados internacionales;

-Las políticas de tarifas implementadas por los operadores de TMC durante el tiempo que lleven operando;

-Las exenciones de carácter tributario de que gozaron los operadores de TMC,

-Las condiciones generales del mercado de las telecomunicaciones colombianas y mundiales imperantes tanto al tiempo de adjudicación de las concesiones de TMC como en la época en que se ofrezcan las de servicios PCS. Los parámetros anteriores servirán para preservar la sana competencia referida en la Ley 555 de 2000, al igual que para la estimación de la rentabilidad de las concesiones.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 49 del Decreto No.475 de 2002, las subastas se adelantarán por el sistema de rondas consecutivas dejando, entre ronda y ronda, el lapso que el Ministerio de Comunicaciones considere conveniente para que los postores puedan considerar mejores posturas a las obtenidas en la ronda inmediatamente anterior. Las subastas no tendrán

que terminar el mismo día en el cual se dé comienzo a ellas y podrán extenderse por el tiempo que sea necesario.

Las subastas terminarán con la adjudicación de la concesión una vez haya habido dos rondas consecutivas en que no se hayan recibido posturas. En el caso que se encuentren subastando varias áreas se entenderá que no hay posturas en una ronda cuando en todas las áreas se presente la falta de posturas por dos rondas consecutivas. El procedimiento y el cronograma de las subastas serán fijados por el Ministerio de Comunicaciones.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la norma ibídem podrán presentarse posturas conjuntas, en cumplimiento de los principios de cobertura nacional y maximización de los ingresos de la Nación, en las concesiones iniciales y en cualesquiera otras subsiguientes cuando éstas se dividan por áreas, permitiendo a los postores presentar (i) posturas individuales para cada área, o (ii) posturas conjuntas para todas las áreas. Entendiéndose que las posturas conjuntas están sometidas, para su escogencia en caso de resultar las mejores, a la modalidad de "Todo o Nada" tal como ella se define en las normas del mercado público de valores.

Las posturas conjuntas se presentarán indicando el valor total ofrecido por todas las áreas y, con ello, aceptando que el valor ofrecido sea, para efectos de comparación, distribuido por el Ministerio de Comunicaciones de conformidad con la metodología descrita en el artículo siguiente.

Para efectos de comparación, de acuerdo a lo señalado en el decreto Ibídem, el valor de cada

una de las posturas conjuntas se distribuirá por área, aplicando a cada área el porcentaje que arroje el valor de la mejor postura individual para dicha área con respecto al total de la sumatoria de la mejor postura individual de cada una de las áreas subastadas. En el evento que no haya postura individual para una o más áreas para calcular el porcentaje referido, se tomará como uno de los sumandos el valor mínimo fijado por el Ministerio de Comunicaciones para el área correspondiente.

En caso de simultaneidad y concurrencia, cuando se estén subastando varias áreas, la adjudicación de cada área se efectuará simultáneamente con base en las mejores posturas determinadas conforme a lo indicado en los artículos anteriores.

Las subastas considerarán los principios de (i) cubrimiento nacional, es decir, que los servicios de comunicación personal, PCS, sean ofrecidos a todos los habitantes del territorio nacional que les permitan comunicarse a través de ellos no sólo con usuarios PCS en la misma área y en el resto del territorio nacional sino también con usuarios de otras redes de telecomunicaciones fijas o móviles en cualquier lugar del territorio nacional, y (ii) maximización de los ingresos de la Nación, es decir, que se reciba por las concesiones el mayor valor que el mercado esté dispuesto a pagar por ellas en la época de la concesión siempre que sea igual o superior al valor mínimo.

En el evento que en la primera ronda se reciban posturas que se encuentren en un rango igual o superior al 90% del valor mínimo, a los postores que se encuentren en esa condición se les

autorizará, por una sola vez, incrementar su postura para igualar el valor mínimo y, de esta manera, continuar habilitados para participar en las demás rondas de las subastas. Lo anterior no será aplicable en el evento en que se presente un solo proponente habilitado y en este caso el proceso se declarará desierto. Para adelantar cada una de las subastas, se requerirá al menos un postor.

El Decreto No.575 de 2002 en su artículo 55 inciso segundo dispone que no obstante el procedimiento de subasta, los participantes que no hayan resultado adjudicatarios mantendrán su última postura por un término no menor de 60 días comunes contados a partir de la fecha en que el adjudicatario deba suscribir el respectivo contrato. Entendiendo esta obligación como aceptada por el sólo hecho de someter postura en la subasta; disponiendo en su inciso segundo que no habrá lugar a la adjudicación y, por tanto, se declarará desierta la subasta, cuando ningún proponente haya ofertado por lo menos el valor mínimo, el cual será fijado por el Ministerio de Comunicaciones para cada una de las concesiones.

Dentro del trámite de selección y adjudicación de los contratos de concesión los proponentes deberán otorgar garantías de seriedad para sus propuestas y para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones establecerá el valor base de las mismas. El Ministerio de Comunicaciones podrá ordenar ampliar el plazo o el valor de las garantías en cualquier momento dentro del procedimiento de subasta.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 57 del Decreto No.575 de 2002 , no es posible dentro de estos procesos de selección la declaratoria de urgencia, ya que por disposición de esta norma en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, se hará previo el trámite del procedimiento de subasta ordenado por la Ley 555 de 2000 y, por ende, no podrá el Ministerio de Comunicaciones declarar urgencia evidente a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente.

Así mismo es deber del Ministerio de Comunicaciones, informar al público en general dentro del mes siguiente a la adjudicación, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional y, si fuere el caso, en uno de amplia circulación en cada una de las áreas adjudicadas, el resultado de la adjudicación.

(iv) Contraprestaciones económicas.

Los concesionarios de la prestación de servicios PCS deberán realizar un pago inicial y pagos periódicos. El pago inicial corresponde al valor que el proponente ofreció en el procedimiento de subasta y por el cual se adjudicó la concesión. En caso de prórroga del contrato de concesión, el Gobierno deberá cobrar un porcentaje del valor de la licencia inicial pagada por los operadores del PCS. El concesionario deberá pagar además las contraprestaciones periódicas establecidas en la presente ley.

Los pagos periódicos se calcularán como un porcentaje de los ingresos que reciban los operadores de sus usuarios por concepto de la prestación de estos servicios. El valor de estos pagos periódicos incluye la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico asignado para los servicios PCS. Este porcentaje será fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con las normas que regulan la materia. Dicho porcentaje será igual al que se establece para TMC, se calculará utilizando la misma definición de ingresos brutos contenida en los contratos de concesión de los operadores de TMC, y será pagadero a partir de la fecha de celebración del contrato de concesión, dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al vencimiento del correspondiente período trimestral.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 32 del Decreto No.575 de 2002 la concesión podrá cederse, total o parcialmente, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990. En ningún caso, el Ministerio de Comunicaciones podrá autorizar la cesión a las personas indicadas en los artículos 28 y 37 de este decreto, sino después de transcurridos tres (3) años, contados a partir de la fecha de celebración del primer contrato de las concesiones iniciales.

(v) Perfeccionamiento del contrato.

Señala el artículo 60 del Decreto No.575 de 2002 que la Resolución de Adjudicación será irrevocable y obliga por igual al Ministerio de Comunicaciones y al adjudicatario.

El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir los requisitos que, según el pliego de condiciones, sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido (a) no firmare el contrato, (b) no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, o (c) no pagare el precio inicial o la parte del precio inicial a que se hubiere obligado en la oportunidad determinada por el ministerio, el Ministerio de Comunicaciones podrá optar entre (i) abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas, o (ii) adjudicar, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el adjudicatario se hizo acreedor a la concesión; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, el Ministerio de Comunicaciones podrá adjudicarlo al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el segundo adjudicatario se hizo acreedor a la concesión descartando las que hubieren podido quedar en ese lugar por ambos de los adjudicatarios incumplidos y así sucesivamente. En los casos de incumplimiento aquí referidos el Ministerio de Comunicaciones hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

Hacen parte integrante del contrato de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, los anexos al contrato, el pliego de condiciones y sus anexos, los documentos presentados en la propuesta, en el entendido que la interpretación se realizará en este orden.

10.9.5 Causales de incumplimiento grave.

Por su parte el artículo 62 del Decreto No.575 de 2002, señala que además de las previstas especialmente en la ley y las que se prevean en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión de los servicios de comunicación personal, PCS, son causales de incumplimiento grave del contrato de concesión y, por tanto, puedan dar origen a la declaración de caducidad del contrato de concesión en los términos y condiciones previstos en la Ley 80 de 1993, las siguientes:

Para las sociedades anónimas privadas y mixtas, el no inscribir sus acciones en la bolsa de valores colombiana dentro los tres (3) años siguientes contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión;

El incumplimiento en el cronograma correspondiente a los planes de expansión;

Por suspensión total en la prestación de los servicios, a más del 20% de los usuarios, por un término de 15 días o más, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada;

Por permitir la enajenación o efectuar la colocación de sus acciones a las personas y en contravención a lo indicado en el artículo 28 de este decreto;

No cumplir con la obligación prevista en el artículo 37 de este decreto;

El incumplimiento en cualquiera de los pagos establecidos en el contrato o en su prórroga.

10.10 Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de Televisión.

La televisión de acuerdo a la definición dada por el artículo primero de la Ley 182 de 1995 es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

Técnicamente, señala el inciso segundo del mencionado artículo, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

Para la operación y explotación de medios masivos de televisión, por disposición del artículo 29 de la Ley en comento, se requiere autorización previa por parte del Estado, la cual depende de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Una vez otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Por su parte el artículo 35 de la Ley 182 de 1995 define al operador como la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

Siendo operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente Ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

Por concesión entiende el artículo 46 de la mencionada ley que es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.

10.10.1 Contratos de concesión para la operación y prestación de servicios de Televisión.

El artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 dispuso que a partir del 1° de enero de 1998, el servicio de televisión fuera prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada, disponiendo que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Las cuales deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

Prohibiendo a quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

Disponiendo que en aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado y quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

10.10.2 Contratos de concesión para la operación, prestación y programación de espacios de televisión.

El artículo 17 de la Ley 333 de 1996 dispuso que con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por éste concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.

Por su parte el párrafo de la norma en comento señala que la Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión de que trata el

presente artículo teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

El artículo 56 de la Ley 182 de 1995 no se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.

10.10.3 Licencias para la operación y prestación de servicios de la televisión comunitaria.

El artículo 47 Ley 182 de 1995 dispone que los interesados en prestar el servicio de televisión en los canales comunitarios y/o locales deberán acceder a la concesión mediante el procedimiento de licitación y el de audiencia pública.

La Comisión otorgará las licencias con base en los criterios de selección objetiva previstos en la ley y con las normas que sobre el particular se expidan por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

10.11 Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 105 de 1993 integra el sector Transporte, el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte.

Conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos indicados en el inciso anterior, los organismos de tránsito y transporte, tanto terrestre, aéreo y marítimo e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad.

El transporte público es definido por la ley en mención como una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica y se regida por los principios de acceso al transporte, del carácter de servicio público del transporte, de la colaboración entre entidades, de la participación ciudadana, de las rutas para el servicio público de transporte de pasajeros, de la libertad de empresa, de los permisos o contratos de concesión, del transporte intermodal y de los subsidios a determinados usuarios.

El acceso al transporte implica que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en buenas condiciones de acceso, comodidad, calidad y seguridad; que los usuarios sean informados sobre los medios y modos de transporte que le son ofrecidos y las formas de su utilización, que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo; que el diseño de la infraestructura de transporte, así como en la provisión de los servicios de transporte público de pasajeros, las autoridades competentes promuevan el establecimiento de las condiciones para su uso por los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos.

La operación del transporte público en Colombia por ser un servicio público se encuentra bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Razón por la cual con el fin de garantizar su continua prestación excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. Sometiéndose a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares.

El principio de colaboración implica que los diferentes organismos del Sistema Nacional de Transporte velarán porque su operación se funde en criterios de coordinación, planeación, descentralización y participación.

La participación ciudadana implica que todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte y que las autoridades presten especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido.

Por ruta para el servicio público de transporte entiéndase el trayecto comprendido entre un origen y un destino, con un recorrido determinado y unas características en cuanto a horarios, frecuencias y demás aspectos operativos.

El otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores de transporte público a particulares no genera derechos especiales, diferentes a los estipulados en dichos contratos o permisos.

El Gobierno Nacional a través del Decreto No.170 de 2001 estableció las condiciones para el otorgamiento de rutas para cada modo de transporte, teniendo en cuenta los estudios técnicos que se elaboren con énfasis en las características de la demanda y la oferta. El otorgamiento de rutas se podrá realizar mediante concurso, en cuyo caso se establecerán las condiciones del mismo.

En desarrollo del principio de libertad de empresa señala la ley que para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado. Para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado.

Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos reglamentará las condiciones de carácter técnico u operativo para la prestación del servicio, con base en estudios de demanda potencial y capacidad transportadora.

El transporte de carga será prestado por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por las autoridades y el Gobierno Nacional regulará su funcionamiento. El Gobierno establecerá los lineamientos para que el transporte de carga se lleve a cabo bajo condiciones de seguridad y eficiencia. Igualmente no existirán restricciones para rutas y frecuencias, estas serán determinadas por el mercado. El Gobierno Nacional podrá establecer condiciones técnicas y de seguridad para la prestación del servicio y su control será responsabilidad de las autoridades de tránsito.

De otra parte y sin perjuicio de lo previsto en Tratados, Acuerdos o Convenios de carácter internacional, la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente. Teniendo derecho a ese permiso o contrato de concesión u operación quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan.

Las autoridades competentes promoverán el mejor comportamiento intermodal, favoreciendo la sana competencia entre modos de transporte, así como su adecuada complementación.

Finalmente con relación a los subsidios, permite la ley que el Gobierno Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales puedan establecer subsidios a favor de estudiantes, personas discapacitadas físicamente, de la tercera edad y atendidas por servicios de transporte indispensables, con tarifas fuera de su alcance económico. En estos casos, el pago de tales subsidios será asumido por la entidad que lo establece la cual debe estipular en el acto correspondiente la fuente presupuestal que lo financie y una forma de operación que garantice su efectividad. Los subsidios de la Nación sólo se podrán canalizar a través de transferencias presupuestales.

El servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros ya sea por carretera o colectivo, según lo señalado en los Decretos No.170 y 171 de 2001, es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en ésta modalidad, a través de un contrato celebrado entre la empresa y cada una de las personas que han de utilizar el vehículo de servicio público a esta vinculado, para su traslado en una ruta legalmente autorizada, o para recorrer total o parcialmente una o más rutas

legalmente autorizadas.

El régimen de los requisitos que deben cumplir las empresas de transporte con el fin de ser habilitadas y para prestar este servicio al público se encuentra contenido en los decretos mencionados anteriormente, mediante los cuales el gobierno nacional, en uso de las precisas facultades otorgadas por el legislador en la Ley 105 de 1993 reglamentó a través del Decreto No.170 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros y a través del Decreto No.171 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.

10.11.1 Condiciones y requisitos para obtener habilitación y prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal.

El título II del Decreto No.171 de 2001 contiene los requisitos que deben cumplir las empresas para obtener la habilitación y poder prestar el servicio público de transporte terrestre colectivo de pasajeros en el radio de acción metropolitano, distrital y municipal, la cual les autoriza para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada.

El artículo 15 del mencionado Decreto señala que para obtener esta habilitación, las empresas deberán acreditar los siguientes requisitos, con el fin de asegurar la prestación por parte de éstas, de un servicio eficiente, seguro, oportuno y económico, bajo los criterios básicos de cumplimiento de los principios rectores del transporte, como el de la libre competencia y el de

la iniciativa privada, a las cuales solamente se aplicarán las restricciones establecidas por la ley y los convenios internacionales, veamos los requisitos:

- Solicitud dirigida a la autoridad de transporte competente, suscrita por el representante legal.

- Certificado de existencia y representación legal expedido con una antelación máxima de treinta (30) días hábiles, en el que se determine que dentro de su objeto social desarrolla la industria del transporte.

- Indicación del domicilio principal, señalando su dirección.

- Descripción de la estructura organizacional de la empresa relacionando la preparación especializada y/o la experiencia laboral del personal administrativo, profesional, técnico y tecnólogo contratado por la empresa.

- Certificación firmada por el representante legal sobre la existencia de los contratos de vinculación del parque automotor que no sea propiedad de la empresa. De los vehículos propios, se indicará este hecho.

- Relación del equipo de transporte propio, de socios o de terceros, con el cual prestará el servicio, con indicación del nombre y número de cédula del propietario, clase, marca, placa, modelo, número de chasis, capacidad y demás especificaciones que permitan su

identificación de acuerdo con las normas vigentes.

-Descripción y diseño de los colores y distintivos de la empresa.

-Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia del programa y del fondo de reposición del parque automotor con que contará la empresa.

-Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia de programas de revisión y mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio.

-Estados financieros básicos certificados de los dos últimos años con sus respectivas notas. Las empresas nuevas sólo requerirán el balance general inicial.

-Declaración de renta de la empresa solicitante de la habilitación correspondiente a los dos (2) últimos años gravables anteriores a la presentación de la solicitud, si por ley se encuentra obligada a cumplirla.

-Demostración de un capital pagado o patrimonio líquido de acuerdo al valor resultante del cálculo que se haga en función de la clase de vehículo y el número de unidades fijadas en la capacidad transportadora máxima para cada uno de ellos, el cual no será inferior a trescientos (300) smmlv según la tabla contenida en el numeral 12 del artículo 15 del Decreto No.170 de 2001.

-El salario mínimo mensual legal vigente a que se hace referencia, corresponde al vigente en el momento de cumplir el requisito.

-El capital pagado o patrimonio líquido de las empresas asociativas del sector de la economía solidaria será el precisado en la legislación cooperativa, Ley 79 de 1988 y demás concordantes vigentes.

-Durante los primeros cuatro (4) meses de cada año, las empresas habilitadas ajustarán el capital o patrimonio líquido de acuerdo con la capacidad transportadora máxima con la que finalizó el año inmediatamente anterior.

-La habilitación para empresas nuevas no estará sujeta al análisis de los factores financieros, pero sí a la comprobación del pago del capital o patrimonio líquido.

-Copia de las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual exigidas en el presente decreto.

-Duplicado a carbón de la consignación a favor de la autoridad de transporte competente por el pago de los derechos que se causen debidamente registrados por la entidad recaudadora.

Los requisitos contemplados en los numerales 10, 11 y 12, por disposición del párrafo primero del artículo 15 del Decreto citado pueden ser suplidos en aquellas empresas que cuenten con revisor fiscal, con una certificación suscrita por el representante legal, el contador y el revisor fiscal de la empresa, donde conste la existencia de las declaraciones de renta y de los estados financieros con sus notas y anexos, ajustados a las normas contables y tributarias en los dos (2) últimos años y el cumplimiento del capital pagado o patrimonio líquido requerido. Con esta certificación, deberá adjuntar copia de los dictámenes e Informes y de las notas a los estados financieros, presentados a la respectiva asamblea o junta de socios, durante los mismos años.

Por otra parte, las empresas nuevas que sean habilitadas para la prestación de este servicio, de acuerdo a lo señalado en el párrafo segundo de la norma antes citada deberán acreditar los requisitos establecidos en los numerales 5°, 6° y 13 en un término no superior a seis (6) meses improrrogables, contados a partir de la ejecutoria de la Resolución que le otorga la habilitación so pena que esta sea revocada.

Una vez presentada la solicitud de habilitación, la autoridad de transporte competente dispondrá de un término no superior a noventa (90) días hábiles para decidir., la cual deberá ser concedida o negará mediante Resolución motivada en la que se especifique como mínimo el nombre, razón social o denominación, domicilio principal, capital pagado patrimonio líquido, radio de acción y modalidad de servicio; una vez otorgada esta será indefinida mientras subsistan las condiciones exigidas y acreditadas para su otorgamiento; sin perjuicio de las disposiciones legales contenidas en el régimen sancionatorio; pudiendo en todo caso las

autoridades metropolitanas, distritales o municipales competentes en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, verificar las condiciones que dieron origen a la habilitación.

Debiendo las empresas comunicar a la autoridad todos aquellos casos de transformación, fusión, absorción, o incorporación; adjuntando para tal efecto los nuevos certificados de existencia y representación legal, con el objeto de efectuar las aclaraciones y modificaciones correspondientes. Teniendo permanentemente a disposición de la autoridad de transporte competente las estadísticas, libros y demás documentos que permitan verificar la información suministrada.

(i) Régimen de seguros.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto No.171 de 2001 y lo señalado en los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio las empresas de transporte público colectivo terrestre automotor de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y/o municipal de transporte público deberán tomar con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual que las ampare de los riesgos inherentes a la actividad transportadora, así:

Póliza de responsabilidad civil contractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

- Muerte;
- Incapacidad permanente;
- Incapacidad temporal, y
- Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.

El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv por persona.

Póliza de responsabilidad civil extracontractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

- Muerte o lesiones a una persona;
- Daños a bienes de terceros, y
- Muerte o lesiones a dos o más personas.

El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona.

Siendo condición para la operación de los vehículos legalmente vinculados a las empresas autorizadas para la prestación del servicio en esta modalidad de transporte. La vigencia de los seguros contemplados en este decreto, será condición para la operación de los vehículos, debiendo la compañía de seguros que ampare a la empresa con relación a los seguros informar a la autoridad de transporte competente la terminación automática del contrato de seguros por mora en el pago de la prima o la revocación unilateral del mismo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de terminación o de revocación.

Permitiendo el artículo 22 del Decreto citado la constitución de fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, sin perjuicio de la obligación de obtener y mantener vigentes las pólizas de seguros señaladas en el decreto, y cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control será ejercido por la Superintendencia Financiera o la entidad de inspección y vigilancia que sea

competente según la naturaleza jurídica del fondo.

Una vez obtenida la habilitación, su radio de acción será de carácter metropolitano, distrital o municipal según el caso. Pudiendo adjudicarse por la autoridad competente los servicios de transporte únicamente dentro del territorio de la respectiva jurisdicción.

(ii) Adjudicación y acceso a la prestación del servicio.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 24 del Decreto No.171 de 2001 la prestación de este servicio público de transporte estará sujeta a la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente, como resultado de un proceso licitatorio efectuado en las condiciones establecidas en las citadas normas.

La continuidad de la prestación del servicio en las rutas y frecuencias autorizadas a las empresas de transporte con licencia de funcionamiento vigente a la fecha de expedición del Decreto en comento, estará sujeta a la obtención de la habilitación en los términos establecidos en el artículo 14 del mismo. Este permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable y obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que las concedió.

Las rutas y frecuencias a servir se adjudicarán por un término no mayor de cinco (5) años. En los términos de referencia del concurso se establecerán objetivos de calidad y excelencia en el servicio, que en caso de ser cumplidos por la empresa le permitan prorrogar de manera automática y por una sola vez el permiso hasta por el término inicialmente adjudicado.

Los objetivos de calidad y excelencia estarán determinados por parámetros como la disminución de la edad del parque automotor, la optimización de los equipos de acuerdo con la demanda, la utilización de tecnologías limpias y otros parámetros que contribuyan a una mejora sustancial en la calidad y nivel de servicio inicialmente fijados.

Por disposición del artículo 26 Ibídem la autorización para la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y municipal en una ruta o sistema de rutas será el resultado de una licitación pública, en la que se garantice la libre concurrencia y la iniciativa privada para la creación de nuevas empresas. Debiendo la respectiva autoridad, por disposición del artículo 27 de la norma ibídem, determinar las medidas conducentes a satisfacer las necesidades insatisfechas de movilización; adelantando para el efecto los estudios que determinen la demanda de movilización, realizados o contratados por la autoridad competente. Hasta tanto la Comisión de Regulación del Transporte señale las condiciones generales bajo las cuales se establezcan la demanda insatisfecha de movilización, los estudios deberán desarrollarse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Resolución No.2252 de 1999.

Cuando los estudios no los adelante la autoridad de transporte competente serán elaborados por universidades, centros de consulta del Gobierno Nacional y consultores especializados en el área de transporte, que cumplan los requisitos señalados para el efecto por la Comisión de Regulación del Transporte.

(iii) Adjudicación de rutas y frecuencias en el servicio básico.

Una vez cumplido el trámite señalado anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 Ibídem y subsiguientes, la autoridad de transporte competente ordenará iniciar el trámite licitatorio, el cual deberá estar precedido del estudio y de los términos de referencia correspondientes; lo cuales deben establecer los aspectos relativos al objeto de la licitación, fecha y hora de apertura y cierre, requisitos que deberán llenar los proponentes, tales como: las rutas disponibles, frecuencias, clase y número de vehículos, nivel de servicio, determinación y ponderación de los factores para la evaluación de las propuestas, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas y claras.

Los términos de referencia deberán establecer un plazo de duración del permiso, contrato de operación o concesión y las condiciones de calidad y excelencia en que se prestará el servicio.

(iv) Evaluación de las propuestas.

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta los factores de calificación que para el efecto señale la Comisión de Regulación del Transporte. Estimulando la constitución de cooperativas, de acuerdo con la Ley 79 de 1988, de aquellas que tengan por objeto la prestación del servicio público de transporte, dando prelación en la asignación de servicios cuando se encuentren en igualdad de condiciones con otras empresas

interesadas.

Con relación al procedimiento para la adjudicación el artículo 30 Ibídem, hasta que la Comisión de Regulación del Transporte determine otro procedimiento para la adjudicación de rutas y horarios la autoridad de transporte competente atenderá el siguiente:

- Determinación de las necesidades del servicio por parte de la autoridad de transporte competente.

- Apertura de licitación pública por parte de la autoridad de transporte competente.

- Adjudicación de servicios.

La apertura de la licitación y la adjudicación de servicios será de conformidad con el siguiente procedimiento:

- La resolución de apertura deberá estar precedida del estudio mencionado anteriormente y de la elaboración de los términos de referencia.

- Los términos de referencia, entre otros aspectos, determinarán los relativos al objeto del concurso, requisitos que deben llenar los proponentes, plazo del concurso, las rutas, sistemas de rutas o áreas de operación disponibles, frecuencias a servir, clase y número de vehículos, nivel de servicio, reglas y criterios para la evaluación de las propuestas y el

otorgamiento del permiso, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios.

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes factores básicos de selección, definidos en el Decreto No. 170 de 2001:

- Seguridad (50 puntos).
- Edad promedio de la clase de vehículo licitada (25 puntos).
- Sanciones impuestas y ejecutoriadas en los dos últimos años (10 puntos).
- Experiencia (10 puntos).
- Capital o patrimonio por encima de lo exigido (5 puntos)

10.11.2 Condiciones y requisitos para obtener habilitación y adjudicación para la prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.

El Decreto No.171 de 2001, fija el régimen a que se deben sujetar las empresas que pretendan ser habilitadas y prestadoras del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, el cual contiene las mismas condiciones generales para la habilitación y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal, salvo en lo dispuesto a la autoridad a la cual se dirige la solicitud de habilitación y

que adelanta la adjudicación, puesto que el caso de servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, la autoridad competente es el ministerio de transporte, el cual debe celebrar un contrato de concesión o de operación con la empresa debidamente habilitada que resulte adjudicataria del mismo, determinar las necesidades de movilización y las necesidades y demandas insatisfechas de movilización, ordenar el inicio, apertura y adjudicación del trámite licitatorio; evaluar la prestación del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Decreto No.171 de 2001 y decidir si la empresa continúa o no con la prestación del servicio autorizado; hacer efectivo el valor de la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta, etc.

10.12 Contratos para la concesión de puertos.

La Ley 1 de 1991, en su artículo 5, numeral define la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.

Entendiéndose por sociedad de puertos, como aquellas sociedades anónimas constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social es la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las cuales adicionalmente pueden prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente

relacionadas con la actividad portuaria.

Razón por la cual el artículo 6 de la norma Ibídem señala que sólo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias. Imponiendo que en todo caso, tanto sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas, requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades las playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas.

Permitiendo que la Dirección General Marítima continúe otorgando concesiones y permisos de construcción para el desarrollo de actividades marítimas no consideradas como portuarias de acuerdo con la presente Ley, por oposición a las actividades portuarias, definidas en el artículo 5 Ibíd. como la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.

10.12.1 Contraprestación económica.

Por su parte el artículo 7 de la Ley 1 de 1991, modificado por el artículo de la Ley 856 de 2003 señala que periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar quienes obtengan una concesión o licencia portuaria, por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por concepto del uso de la infraestructura allí existente.

Señalando el inciso segundo que las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibirá la Nación a través del Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces, incorporándose a los ingresos propios de dicha entidad, y a los municipios o distritos donde opere el puerto. La proporción será: De un ochenta por ciento (80%) a la entidad Nacional, y un veinte por ciento (20%) a los municipios o distritos, destinados a inversión social. Las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibirá en su totalidad el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, o quien haga sus veces.

En el caso de San Andrés la contraprestación del veinte por ciento (20%) por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público se pagará al departamento por no existir municipio en dicha isla.

Es importante tener en cuenta que conforme lo dispone el parágrafo primero de la norma en estudio la contraprestación que reciba la Nación por concepto de zonas de uso público e infraestructura a través del Instituto Nacional de Vías, INVIAS, o quien haga sus veces, se destinará especialmente, no necesariamente, a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre, razón por la cual es importante que el ente de control dentro de los

procesos de auditoria a esta clase de contratos, este atento a que las contraprestaciones recibidas sean adecuadamente destinadas al fin que especialmente ha querido darles la ley.

Para el caso del canal de acceso del Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias, por disposición del parágrafo 2 de la norma en comento, estarán a cargo de la Nación, para lo cual podrán destinar los recursos a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de que otras entidades incluida Cormagdalena, concurren con financiación y realización de obras necesarias. Introduciendo el parágrafo 3 de la ley Ibíd., la obligación de que la ejecución de los recursos por percibir y los que se perciban por concepto de las contraprestaciones a que se refiere el presente artículo, se haga en una proporción igual al valor de la contraprestación aportada por cada puerto para financiar la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre.

10.12.2 Plazo de la concesión.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, el plazo de estas concesiones es de veinte años por regla general, puesto que las mismas pueden ser prorrogables hasta por 20 años más, o excepcionalmente por un periodo mayor cuando a juicio del Gobierno fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen

el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos; disposición que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en el entendido que *“cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios”*.

Debiendo ser cedidas gratuitamente a la Nación en buen estado de operación todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión.

9.12.3 Otorgamiento de la concesión.

Las concesiones portuarias conforme lo disponen los artículo 9 y ss de la Ley 1 de 1991 pueden ser otorgas por petición de las personas que lo deseen o por oferta oficiosa de la Superintendencia General de Puertos.

10.12.4 Petición de concesión.

El artículo 9 de la norma Ibídem señala que las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos, la cual debe llenar los siguientes requisitos:

-Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.

-Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.

-Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinara.

-Informar si se prestarán o no servicios al público en general.

-Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión.

-Indicar el plazo para el que se desea la concesión.

-Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9-2, 9-3 y 9-4 así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones, y hagan valer sus derechos.

Disponen los artículos 10, 11 y 12, los trámites siguientes a la solicitud, dentro de los cuales pueden intervenir terceros interesados en la concesión y deben hacer parte algunas autoridades, de esta manera una vez presentada la solicitud dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, debiendo cumplir los mismos requisitos previstos para la solicitud original.

Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las autoridades mencionadas anteriormente tendrán un plazo de veinte (20) días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia General de Puertos les envíe la citación, para emitir sus conceptos; si al cabo de ese plazo la Superintendencia General de Puertos no los hubiere recibido, continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. La Superintendencia General de Puertos no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones que, emitan las autoridades a las que se refiere este inciso.

Como resultado de la petición que dio origen al trámite administrativo señalado anteriormente, puede darse que en el evento de que la petición original y las alternativas resulten contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados, la Superintendencia General de Puertos, de conformidad con lo dispuesto el artículo 12 de la norma *Ibíd.*, así deberá manifestarlo en acto motivado en forma precisa que deberá ser notificado a quienes hubieren intervenido en la actuación.

De igual manera es obligación del Superintendente General de Puertos o quien haga sus veces dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, el expedir una resolución en la que indique los términos en los que se otorgará la concesión. Los cuales deben incluir los plazos, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión.

La Resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes. Pudiéndose oponer a la misma dentro de los diez días siguientes a la expedición de la resolución el Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito, por motivos legales o de conveniencia, en escrito razonado dirigido al Superintendente General de Puertos.

Este consultará a las otras autoridades, y dentro de los treinta días siguientes a la presentación del escrito de oposición hará una evaluación de ella, y la presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. La decisión del Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca.

Si la decisión del Consejo Nacional de Política Económica y Social hubiere sido la de continuar el trámite, el Superintendente General de Puertos, ofrecerá entonces, al proponente que presente la propuesta que mejor se ajuste a la conveniencia del proyecto, la posibilidad de acogerse a los términos de la concesión. Si éste no manifiesta su aceptación dentro de los diez días siguientes a la comunicación de los términos, se presumirá su rechazo y los ofrecerá a los demás, sucesivamente, teniendo en cuenta la conveniencia de las propuestas, por el mismo número de días, contados a partir del siguiente a aquél en que se conozca o se presuma el

rechazo del solicitante anterior, hasta que uno los acepte, o hasta que todos lo hayan rechazado.

En este último evento, finalizará el procedimiento administrativo que podrá iniciarse de nuevo en cualquier tiempo, cumpliendo los requisitos enunciados anteriormente.

10.12.5 Oferta oficiosa de la concesión.

De igual manera de acuerdo a lo señalado en el artículo 13 en mención el Superintendente General de Puertos, o quien haga sus veces, de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10. Para ello publicará en dos diarios de circulación nacional, en dos días diferentes, con intervalos no mayores de 5 días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

Una vez publicados los términos de la concesión, no será posible modificar los avalúos catastrales de los predios a los que ella se refiera. Si alguna de las autoridades a las que alude el inciso segundo del artículo 10 no está conforme con las condiciones propuestas, podrá formular una oposición, que se tramitará y decidirá en la misma forma prevista para la oposición de estas autoridades frente a los proyectos que se tramiten por petición.

Las propuestas se mantendrán en secreto hasta el día en que haya de comenzar la evaluación de todas. Si no hay oposición de las autoridades o de terceros que deba ser atendida, el

Superintendente General de Puertos, otorgará la concesión al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley.

Para el otorgamiento de la concesión de conformidad con lo señalado en artículo 14 *ibid*, esta se debe realizar por medio de resolución motivada a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido, resolución en la que se indicarán con toda exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza.

En caso de que los autorizados no cumplen en los plazos previstos los requisitos necesarios para que se otorgue formalmente la concesión, caducará todo derecho a ella. Permitiéndose que por motivos graves que lo justifiquen, debidamente calificados por el Superintendente General de Puertos, se acepten que otras personas tomen en la sociedad que va a recibir la concesión el lugar de alguno de los socios anunciados en la solicitud, sin que sea admisible reducciones en el capital ofrecido.

10.12.6 Gestión predial de la concesión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 *Ibíd*. se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos, en caso de que la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad. Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la

intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación.

Ejecutoriado el acto administrativo que ordene la expropiación, la entidad pública dispondrá de treinta días para presentar demanda de expropiación ante el Tribunal que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentra el predio. Al cabo de ese término caducará la facultad de pedir judicialmente la expropiación con base en el acto administrativo mencionado.

El procedimiento de expropiación de que habla este artículo, se seguirá con arreglo a lo dispuesto en el Libro 3, Sección Primaria, Título XXIV, del Código de Procedimiento Civil, y las normas que lo complementan o sustituyan, salvo en lo siguiente:

- Con la demanda se presentarán no solo los anexos señalados por la ley, sino todos los antecedentes del acto administrativo que ordenó la expropiación.
- La entrega de los inmueble podrá ordenarse en el auto admisorio de la demanda, cuando el demandante así lo solicite, y consigne a órdenes del Tribunal, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un 50%.
- De la demanda se dará traslado al demandado por diez días.

En la sentencia el Magistrado se pronunciará también sobre las pretensiones de nulidad, restablecimiento del derecho y reparación del daño .que hubieren presentado en reconvención los demandados al contestar la demanda. Si prosperare la pretensión de nulidad, se abstendrá de decretar la expropiación.

Los predios de las entidades públicas que sean necesarios para establecer puertos también podrán ser expropiados por este procedimiento, si sus representantes no desean venderlos o aportarlos voluntariamente. Pero antes de dictar el acto administrativo que ordene la expropiación será preciso que el Consejo de Política Económica y Social resuelva que esos predios no están prestando servicios, o que si lo están prestando, su uso para fines portuarios reporta mayor utilidad social. Debe tenerse en cuenta la que el artículo 87, parágrafo 1 y 2 de la Ley 1447 de 2011, señalo el procedimiento de adquisición predial para los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte, sometiendo los detalles a la expedición del reglamento.

10.12.7 Cambio en las condiciones de la concesión.

Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 Ibíd. debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9o., 10, 11 y 12 de la Ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la

concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo.

10.12.8 Caducidad de la concesión.

La Superintendencia General de Puertos podrá por deposición del artículo 17 de la norma Ibídem, declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición.

10.13 Contratos de concesión para el diseño, pre-construcción, construcción, pre-operación y operación de terminales aéreos o aeropuertos.

Como servicio público a cargo del Estado es deber del mismo garantizar su prestación de conformidad con los principios enunciados en la Ley 105 de 1993, la cual puso en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil quien en nombre del Estado ejerce las funciones de planeación, regulación, control y vigilancia de este servicio.

De esta manera el artículo 48 de la mencionada ley permite a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, entregar a cualquier título los aeropuertos de su propiedad a Entidades Departamentales, Municipales o asociaciones de las anteriores, para que éstas los administren en forma directa o indirecta. De igual forma permite celebrar contratos de

administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales, en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%). Los contratos que se celebren con las entidades territoriales, sus asociaciones o con las sociedades regionales podrán ser revocados unilateralmente, sin lugar a indemnización, cuando a criterio de la Aeronáutica Civil exista mal manejo en el uso, mantenimiento y operación de los bienes e instalaciones entregados; o cuando exista deficiencia administrativa en la prestación de los servicios aeroportuarios.

En ejercicio de las funciones de control y vigilancia enunciadas con anterioridad, como autoridad Aeronáutica esta unidad administrativa ejerce funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción sobre quienes presten los servicios aeroportuarios y en casos de violación a sus normas o reglamentos conserva siempre la posibilidad de intervenirlos, pudiendo asumir directamente la prestación del servicio.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, mediante este contrato la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, de acuerdo a las competencias otorgadas en la Ley 105 de 1993, entrega a particulares la Concesión aeropuertos, para que estos realicen por su cuenta y riesgo aquellas actividades que esta entidad resuelva conceder, como lo son su administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización, expansión y/o aquellas demás actividades que esta considere necesarias conceder para la adecuada prestación de este servicio.

10.14 Contratos de concesión para el diseño, construcción y operación de terminales de transporte terrestres.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 105 de 1993 los terminales de transporte terrestre hacen parte de la infraestructura Distrital Municipal de transporte, de esta manera y de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 de la norma Ibídem, corresponde a estas entidades Territoriales la construcción y la conservación de estos terminales, pudiendo entregar en concesión esta labor para que particulares se encarguen de la construcción de su infraestructura y para la prestación de este servicio

10.15 Régimen especial para los contratos de concesión, construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.

El artículo 30 de la Ley 105 de 1993, señala que la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para el efecto señala la mencionada ley que para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida

en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. Imponiendo a las entidades que ante la variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, les implique responsabilidad civil con derecho a repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. En aquellos proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado según lo dispone el parágrafo 1 del artículo en mención los municipios, departamentos, distritos y la nación, podrán aportar partidas presupuestales con destino a estos proyectos

De otra parte, de acuerdo a lo señalado en el parágrafo 2 los contratos de concesión que se hayan celebrado a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993 se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Bajo estos esquemas de Concesión, en virtud de lo dispuesto en el Parágrafo 3° Ibídem los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

De igual manera permite en su artículo 31 permite la Ley 105 de 1993 que con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, puedan titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo en todo caso la responsabilidad contractual.

10.15.1 Cláusulas unilaterales.

Por otra parte de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 en los contratos de concesión, frente a la aplicación de las cláusulas unilaterales para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

10.15.2 Garantías de ingreso.

Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente según lo dispuesto en la norma *Ibíd.*, podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

10.15.3 Gestión predial.

En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente de acuerdo a lo señalado en el artículo 34 podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En caso de requerirse de expropiación administrativa, esta podrá ser decretada por el gobierno nacional, a través del Ministerio de Transporte, los Departamentos a través del Gobernador y los Municipios a través de los Alcaldes, con la debida indemnización, para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte. Debiendo ceñirse a los requisitos señalados en las normas que regulen la materia.

10.15.4 Liquidación del contrato.

En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

10.16 Régimen especial de los contratos de obras civiles, adquisición, suministro, para garantizar la seguridad aeronáutica.

El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 establece un régimen especial para las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento.

Por su parte el Artículo 54 de la Ley 105 de 1993, expresa que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación Administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministro y demás contratos que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

El precitado artículo 38 dispone que estas entidades determinaran las cláusulas excepcionales que se podrán pactar en los aludidos contratos de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a las cuales deben sujetarse para su celebración de conformidad con los principios de selección objetiva, transparencia económica y responsabilidad, señalados en la Ley 80 de 1993.

11. Régimen especial del contrato de aporte para la ejecución de política pública social.

Existe desde el año 1979 un régimen de contratación pública previsto en normas especiales y con fuente especial de financiación a través de aportes parafiscales encuentra regulación expresa en las Leyes 27 de 1974; 7ª. de 1979, su Decreto Reglamentario No.2388 de 1979, la Ley 89 de 1988, el Decreto Nacional No.2150 de 1995 y la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia. En este caso la contratación se da bajo la modalidad de contratación directa, sin perjuicio de la observancia de los principios contractuales de transparencia, economía y responsabilidad, así como de selección objetiva y publicidad. Contratación pública o estatal que esta directamente destinada a proveer servicios para los programas especializados cuya finalidad es la garantía de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, tanto en el campo de la Política Pública Social de prevención como de restablecimiento de derechos de conformidad con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia y demás normas concordantes y complementarias a través de la contratación con entidades adscritas (entidades públicas) o vinculadas (entidades privadas) que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y cuyo órgano rector, coordinador y articulador es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público del orden nacional, que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y está adscrito al Ministerio de la Protección Social y forma parte del Sistema General de Seguridad Social en Colombia y del Sistema General de Protección Social.

Ahora bien, para analizar las razones jurídicas por las cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, contrata bajo la figura del contrato de aporte, básicamente se debe considerar:

- (1) El *principio de corresponsabilidad* de la familia, la sociedad y el Estado respecto de la debida realización, protección, garantía y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, según los principios y reglas que se fijan en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño –Ley 12 de 1991- y 10 de la Ley 1098 de 2006.
- (2) El *principio de solidaridad* se materializa a través del aporte que la sociedad representada en empleadores y trabajadores hacen a partir del gravamen del 3% de la nómina pública y privada, destinado a la asistencia, cuidado, protección, realización y garantía de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, el cual representa de cierta forma solidariamente una cuota alimentaria entendida en el sentido previsto en los artículos 14, 17, 24, 39 y 40 de la Ley 1098 de 2006 y del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño o del propio artículo 44 Superior, esto es, para garantizar sus mínimos vitales existenciales cuando carecen de ellos o pueden encontrarse en situación de riesgo o peligro y brindar la protección integral necesaria que cada situación en particular y en concreto amerite.

11.1 El contrato de aporte como contrato estatal.

El contrato de aporte se define en el artículo 127 del Decreto No.2388 de 1979, en desarrollo de lo previsto por el artículo 21 de la Ley 7ª de 1979, numeral 9º, así: “Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.), indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la Institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar..”. Norma que está plenamente vigente de acuerdo a los predicados del texto normativo del artículo 11 párrafo de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Señala el artículo 128 del citado Decreto No.2388: “...Los contratos de aporte que celebre el ICBF para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo”. Los artículos 123, 124, 125, 126 y 129 del citado Decreto No.2388; 61 del Decreto No.334 de 1980 y el artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, confirman la especialidad del contrato de aporte para la prestación de servicios de bienestar familiar.

En el Estatuto contenido en el Decreto Ley No.222 de 1983, existieron regímenes especiales de contratación pero la Ley 80 de 1993, se caracteriza por ser un Estatuto especial para la contratación estatal; no obstante lo cual, el ICBF sigue observando un régimen excepcional de

contratación, para la prestación del servicio público de bienestar familiar, como ya se indicó a través del contrato de aporte, ajustado este, en su modalidad de contratación directa a los principios rectores y orientadores de la Ley 80, sus normas reglamentarias, concordantes y complementarias, dentro del marco de especialidad que tiene dada su naturaleza y denominación.

El artículo 32 de la Ley 80, señala: “...de los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”, norma que debe armonizarse con los citados artículos 123 y siguientes del Decreto No.2388 de 1979 y 122 del Decreto No.2150 ya citado.

La forma de los contratos de aporte es siempre escrita, de tal forma que sus minutas incluyen todas las cláusulas que garantizan la dirección y supervisión del contrato por parte del ICBF, en ejercicio del mandato legal de los artículos 12 y 127 del Decreto No.2388, entre otras normas, así como las cláusulas excepcionales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas

Es relevante, igualmente precisar, que frente al mandato del artículo 355 de la Constitución, las acciones del ICBF no constituyen auxilios o donaciones, puesto que a través de las mismas los particulares están prestando un servicio público a cargo del Estado. Igualmente, en cuanto al inciso segundo del citado artículo 355 Superior, se expidió el Decreto No.777 de 1992,

modificado por el Decreto No.1403 de 1992, normas que también permiten dar fundamento legal al contrato de aporte.

En consecuencia no puede interpretarse como auxilio o donación las acciones a través de las cuales el ICBF cumple con sus deberes, responsabilidades y funciones constitucionales y legales, directamente a favor de las familias y los niños, niñas y adolescentes que requieren de la protección, garantía o restablecimiento de sus derechos fundamentales.

También cabe señalar que en el nuevo Código de la Infancia y de la Adolescencia o Ley 1098 de 2006, por expreso mandato del parágrafo del artículo 11, que dejó con pleno vigor la Ley 7ª. De 1979 y por ende su Decreto Reglamentario No.2388 de 1979 ha de entenderse que el régimen contractual especial de contrato de aporte tiene plena vigencia hoy para los fines que la misma legislación ha definido es decir para la protección de la institución familiar y de la garantía de los niños, niñas y adolescentes.

En materia jurisprudencial tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional al resolver situaciones que han quedado bajo su consideración han hecho referencia al contrato de aporte, el primero a través de la Sala Civil y de Consulta mediante Concepto del 2 de diciembre de 1996 y la segunda mediante las Sentencias T-269 de 1995 y SU-224 de 1998.

También vale la pena señalar que el contrato de aporte recibe un trato especial mediante las exenciones y tarifas especiales que el Gobierno Nacional ha decretado en materia de garantías (Decreto No.2923 de 1994), publicaciones en el Diario Único de Contratación Pública

(Decreto No.1477 de 1995 – Decreto No.1529 de 1996 y Resolución No.433 de 2008) e Impuesto de Timbre (Concepto DIAN No.7027 de 1991 y 1994 y Circular del 31/01/94).

12.-Régimen Especial de los contratos del sistema de seguridad social en Salud.

El artículo 48 constitucional, prevé la seguridad social como un servicio público irrenunciable de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad.

La Ley 100 de 1993, reguló los servicios de seguridad social en salud, organizados de conformidad con el artículo 157 de la citada ley, al señalar que los afiliados accederán a los servicios de salud, a través del régimen contributivo, del régimen subsidiado y otros lo harán en forma temporal a través de los participantes vinculados. El primero es financiado con cargo a los aportes de los trabajadores y empleadores; mientras que los segundos y terceros se financian con los aportes del Estado y de los particulares en virtud del principio de solidaridad. Para la prestación de los diferentes de servicios de salud, los distintos operadores del servicio requieren de la herramienta del contrato para prestar los servicios a cargo.

12.1.- Los contratos para la prestación de los servicios de salud en el régimen contributivo, subsidiado y vinculado.

Los agentes prestatarios de los servicios del régimen de seguridad social en salud, son las Empresas Promotoras de Salud-EPS, Instituciones Prestadores de Servicios de Salud-IPS, y las Empresas de Sociales del Estado-ESE.

12.1.1.- Las Empresas Promotoras de Salud-EPS, son las entidades públicas, privadas o mixtas responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, siendo su función primordial la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud-POS a los afiliados-cotizantes o beneficiarios. Así mismo, le corresponde a las EPS organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados pueden acceder a los servicios de salud en el territorio nacional, así como definir los procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y beneficiarios a las IPS con las que la respectiva EPS haya celebrado contratos y/o convenios.

Las EPS en Colombia, están organizadas como personas jurídicas públicas, mixtas y privadas, encontrando que suscriben contratos corporativos para el funcionamiento administrativo de la Entidad, y contratos misionales para el cumplimiento del objeto social de la misma, así:

a.- Las EPS Privadas: Se observa que tanto los contratos corporativos como misionales de las Empresas Promotoras de Salud privadas están sometidas al derecho privado, esto es al derecho civil y comercial, con sujeción a ciertas reglas especiales como las previstas en la ley 100 de 1993 y la ley 1122 de 2007, que prohíbe a las IPS contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS mas del 30% del valor del gasto en salud.

b.- Las EPS públicas: Cuando las Empresas Promotoras del Salud tienen la naturaleza de públicas, encontramos que los contratos corporativos para el funcionamiento administrativos, tales como obra pública, aseo, vigilancia, compra de equipos, mantenimiento etc, están sometidos al Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas, tales como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y las normas especiales de la Ley 100 de 1993 y la 1122 de 2007. Por su parte, los contratos misionales para el cumplimiento de su objeto social o giro ordinario de sus negocios están sometidos a lo dispuesto en el artículo 47 del decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007, que regula el procedimiento de selección abreviada bajo la modalidad de contratos para la prestación de servicios de salud, que indica que las entidades que requieran la prestación de servicios de salud se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones de mercado, de tal manera que le permita escoger la oferta mas favorable de los oferentes que necesariamente deben estar inscritos en el registro especial del Ministerio de la Protección Social de conformidad con la Ley 10 de 1990.

c.- Las EPS organizadas bajo la modalidad de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixtas o Sociedades públicas por acciones de carácter mixto.

DE conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del decreto 2474 de 2008, las Empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta o en las sociedades anónimas en las que el Estado tenga participación superior al 50%, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al 50%, que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o regulados, así como los bienes y servicios de características técnicas y uniformes de común utilización, se regirán para su contratación tanto corporativa como misional por las disposiciones civiles, mercantiles, y las especiales previstas en el Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas en especial en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 209 constitucional en relación con los principios de la función administrativa, y las reglas especiales previstas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007.

12.1.2.- Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. De conformidad con el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro

de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas, prestando los servicios de salud en sus distintos niveles de atención según corresponda a los afiliados y beneficiarios, lo cual les obliga a especializarse en un nivel específico de complejidad. El servicio de urgencia debe ser prestado en forma obligatoria por todas las entidades públicas o privadas que presten servicios de salud a todas las personas, independientemente de su capacidad de pago, y su prestación no requiere de orden ni contrato previo. Sus contratos están sometidos al mismo régimen de contratos de las EPS según su naturaleza jurídica, esto es si son públicas, privadas o mixtas.

12.1.3.- Las Empresas Sociales del Estado-ESE. Las Empresas sociales del Estado, son entidades públicas del nivel descentralizado de los municipios, departamentos o de la Nación, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. La Ley 100 de 1993, dispuso que la prestación de los servicios de salud en forma directa por la Nación o sus entidades territoriales se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, el régimen de contratos de las ESE está constituido por el derecho privado y por las disposiciones del Estatuto de Contratación que para el efecto adopte su Junta Directiva. Así mismo, se observa que le es aplicable a los contratos de las ESE, los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior, el régimen e inhabilidades e incompatibilidades y las cláusulas excepcionales previstas en los artículos 8° y 14 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007.

13.- Régimen Especial de los contratos de las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios.

De conformidad con la Ley 142 y 143 de 1994, las empresas de servicios públicos pueden organizarse a través de entidades de servicios públicos de propiedad del Estado o de los entes territoriales; empresas de servicios públicos mixtas, empresas de servicios públicos privadas, empresas industriales y comerciales del Estado; los entes territoriales por gestión directa y las comunidades organizadas y operadores públicos y privados.

Así las cosas, los servicios públicos domiciliarios según la Ley 142 y 143 de 1994 están constituidos por las actividades necesarias para la prestación de los servicios de energía, gas, ase, acueducto, alcantarillado y telefonía básica conmutada.

De allí, que de conformidad con la Ley 689 de 2001, las empresas operadoras de la prestación de los servicios públicos domiciliarios antes descritos, sin perjuicio de la naturaleza jurídica que adopten en relación a los contratos que suscriban para el desarrollo de su objeto social o giro ordinario de sus negocios, se encuentran sometidos al derecho privado, esto es, al derecho civil, comercial; a los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior; al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, y a las cláusulas excepcionales al derecho común Ibídem, previa autorización de la Comisión de regulación respectiva; y el juez de las controversias es el ordinario, salvo que ésta se suscite por el uso de las potestades excepcionales por parte del ente operador del

servicio público.

14.- Los contratos de concesión para la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

Estas actividades consistentes en loterías tradicionales, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes o chances, rifas , juegos promocionales, juegos localizados, apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares y eventos hípicos . La explotación se hará a través de contratos de concesión previa licitación pública conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, con aplicación de las normas especiales de la Ley 643 de 2001 que regula las actividades monopólicas que constituyen arbitrios rentísticos de propiedad de la Nación, departamentos y municipios, o a través de licencia o autorización en los casos expresamente previstos en la Ley 643 Ibídem.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO

Es importante señalar, que en Colombia no existe un Estatuto Único de Contratación Estatal, pues en principio, esa fue la intención del legislador, en tanto quiso expedir un Estatuto que regulara no sólo los contratos sometidos a un régimen general, sino que también prescribiera los procedimientos especiales de contratación para ciertos objetos contractuales y para ciertos sujetos que concurrieran bajo naturalezas jurídicas especiales, ya como contratistas o contratantes.

Pero en la praxis legislativa no fue fácil regularlos en un solo Estatuto, en la medida en que por unidad principal de materia todos los sectores y gremios creyeron de mayor certidumbre jurídica que cada ley que reglara una materia de manera especial regulara en su cuerpo normativo su correspondiente régimen e contratos. Tal dispersión de normas jurídicas reguladoras de ciertos contratos somete al operador jurídico contractual a la mayor inseguridad e incertidumbre jurídica, en la medida en que en ocasiones no es posible establecer con certeza el régimen jurídico de contratación de una entidad en razón a su naturaleza jurídica, o el régimen jurídico de un contrato en particular en razón al objeto social de la entidad pública contratante.

De allí, que es importante, para el operador contractual, pero también para el operador, fiscal, penal y disciplinario, establecer en primer lugar el principio de legalidad contractual a que debe someterse el contrato sub-examine, pues podría estar incurriendo en una indebida adecuación típica de las conductas investigadas en relación con el régimen jurídico aplicable.

CAPÍTULO TERCERO

SUJETOS CONTRACTUALES Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Visto un gran espectro de la contratación estatal, es necesario recordar que para que exista contrato estatal es requisito indispensable que concurra la voluntad de al menos dos partes en el negocio jurídico en el que la parte estatal se le denomina contratante y al particular se le denomina contratista, pero podría ser que el Estado actúe como contratista y el particular como contratante. En representación del ente público estatal, actúan las distintas entidades previstas en el artículo 2º del ECE, y en representación de los particulares actúan las personas naturales y jurídicas capaces ya sean nacionales o extranjeras, así como otras modalidades de participación como los consorcios, uniones temporales, sociedades con objeto único y promesas de contrato de sociedad etc., conforme a los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993.

Para efectos de la responsabilidad civil y fiscal derivada de un contrato estatal, encontramos que los sujetos con legitimidad activa o pasiva – dentro del régimen de responsabilidad civil o fiscal- son las personas naturales y jurídicas que son partes en el contrato; pero conforme al régimen de la responsabilidad personal o subjetiva de naturaleza penal o disciplinaria, no es posible atribuirle responsabilidad a las personas jurídicas sino a las personas naturales que ya en virtud de las relaciones generales o especiales de sujeción tienen deberes y obligaciones para con el Estado y la administración pública en particular. De allí, que sujetos contractuales públicos son todas aquellas personas tanto naturales como jurídicas habilitadas para suscribir, celebrar y ejecutar y liquidar un contrato estatal, pero que sólo serán sujetos contractuales disciplinables si conforme al CDU son responsables por las conductas en el grado de acción u

omisión en que incurran en la gestión contractual estatal.

Este capítulo se ocupará de precisar quiénes son los sujetos del contrato estatal que son destinatarios de la ley disciplinaria, tales como los servidores públicos en sus distintas modalidades que comprometen la responsabilidad contractual del Estado en razón o con ocasión de sus funciones; así como los particulares que igualmente son destinatarios de la Ley disciplinarias en razón al vínculo contractual que sostienen con la administración pública conforme al CDU.

Estos sujetos disciplinables mantienen una especial relación de sujeción con el Estado, de tal manera que la ley le impone deberes para que actúen en uno u otro sentido o se abstengan de hacerlo, así como a los particulares en donde los deberes y obligaciones surgen de la ley y el contrato que los vincula a la función pública o a la prestación de un servicio, que dada la importancia que tiene para el Estado las funciones y tareas que cumplen, quiere el legislador a manera de protección elevar ciertas conductas a la categoría de falta disciplinaria para asegurar que los agentes estatales actúen conforme al deber que tienen, como garantía de la correcta y adecuada marcha de la gestión pública.

1. Los servidores públicos como sujetos activos de la falta disciplinaria de naturaleza contractual.

Conforme al artículo 25 del CDU, los destinatarios de la Ley disciplinaria son todos los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio, tales como funcionarios o

empleados públicos, trabajadores oficiales, miembros de corporaciones públicas, funcionarios de período fijo y los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, que participen por vía de acción u omisión en alguna de las fases precontractual, de ejecución contractual, de liquidación o fase postcontractual.

1.1 Funcionario Público: El ejercicio de funciones contractuales por atribución legal o por delegación o desconcentración.

Los servidores públicos en sus distintas modalidades son sujetos disciplinables contractuales en dos eventos. De una parte, cuando en virtud de la cláusula general de competencia tienen la responsabilidad de comprometer la responsabilidad contractual de la Administración, y de otra cuando con ocasión del cargo público adelantan alguna actividad en desarrollo directo o indirecto de la gestión contractual estatal. Así, podemos afirmar que los representantes legales o los jefes de cada organismo son los primeros sujetos disciplinables contractuales en tanto incurran en conductas típicamente disciplinarias en desarrollo de la gestión contractual estatal, aún en los casos de la delegación o desconcentración de funciones, en los eventos en que deban responder por su hecho propio en cuanto sean coautores de la conducta realizada de manera conjunta entre delegante y delegatario o desconcentrante y desconcentrado.

En las entidades estatales, existen otros servidores públicos que no siendo jefes de organismo o representantes legales de los mismos y no teniendo competencia para contratar conforme el artículo 11 del ECE; el artículo 12 Ibídem, en armonía con el artículo 37 del decreto 2150 de

1995 permite que se le delegue total o parcialmente la facultad de suscribir contratos con el Estado a los funcionarios del nivel directivo, ejecutivo o equivalentes. El jefe del organismo puede delegar parcialmente la facultad para adelantar la etapa precontractual, es decir, desde el proceso selectivo que corresponda hasta su etapa de adjudicación asumiendo el jefe del organismo la suscripción, ejecución y liquidación del mismo.

De otra parte, la delegación total consiste en la transferencia que hace el jefe del organismo en el funcionario de su entidad del nivel directivo, ejecutivo o su equivalente, para que en nombre de la entidad, adelante todas las etapas del contrato desde la preparación, ejecución y liquidación del mismo. Desde luego, el jefe de organismo de conformidad con el artículo 211 constitucional y el párrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 responde disciplinariamente tanto en el evento en que contrate directamente o que delegue total o parcialmente la contratación de la entidad. En el primer evento, responde en razón a que como la responsabilidad disciplinaria es subjetiva, a él se le atribuye las consecuencias de haber infringido el deber funcional contenido en el derecho público de los contratos estatales cuando ha realizado personalmente la conducta.

En el segundo evento, se requiere mayor precisión porque si entendemos que el superior jerárquico delegante responde por las actuaciones del delegatario de funciones contractuales, nos encontraríamos frente a la responsabilidad por el hecho ajeno, que es la típica responsabilidad objetiva proscrita en el derecho sancionatorio colombiano tanto por la Carta Política como por el CDU. Se trata entonces de la aplicación del artículo 211 constitucional y de la regulación que de la institución hace la Ley 489 de 1998, que dispone que el superior

jerárquico puede delegar funciones en un servidor público de inferior jerarquía para que las ejerza en nombre de aquél pero bajo su propia responsabilidad, evento en el cual el delegante se exime de responsabilidad, pero podrá reasumir la competencia en cualquier momento, revocar las decisiones tomadas y producir las que considere pertinentes bajo su propia responsabilidad.

Esto ocurre para todos los eventos de la delegación, cuando recae sobre diversas actividades de la administración, como es el caso de la delegación para el reconocimiento de personerías jurídicas, la ordenación del gasto, la expedición de licencias de urbanismo o de construcción, licencias ambientales, de excavación y de contratación estatal etc. Si se trata de la delegación total o parcial en materia de contratación conforme al artículo 37 del Decreto No.2150 de 1995, se observa que una vez se produce el acto de delegación el superior jerárquico si bien traslada la competencia en un funcionario del nivel directivo, asesor, ejecutivo o su equivalente, no se está relevando totalmente de la función, ya que si se prueba que el delegatario suscribió contratos por instrucciones expresas del delegante en materia disciplinaria y penal los dos son responsables de la falta disciplinaria y del delito, bajo la modalidad de participación que conocemos como coautoría.

Cuando el funcionario delegante traslada las funciones de contratación al delegatario, el primero conserva el poder de instrucción sobre el segundo, así como el control al ejercicio de las funciones transferidas, y para ello cuenta con una institución propia del derecho administrativo que conocemos como el control jerárquico cuya utilidad es la de servir de instrumento de control administrativo en la delegación. Este tipo de control se hace sobre la

persona del funcionario delegatario y sobre los actos del funcionario, evento en el cual el funcionario superior debe realizar una vigilancia estricta sobre el uso o manejo que esté haciendo el delegatario de las funciones delegadas, que en tratándose de un servidor público cuenta con instrumentos tales como el traslado de dependencia si el funcionario es de carrera administrativa, o de insubsistencia si es de libre nombramiento y remoción, o la facultad de poner en conocimiento de la justicia penal y disciplinaria las conductas irregulares en que incurra en el ejercicio de tales funciones. Por su parte, sobre los actos del funcionario, puede el delegante ejercer control jerárquico a través de los recursos de la vía gubernativa, o simplemente avoca el conocimiento de la actuación y revoca los actos irregulares, y bajo su propia responsabilidad toma las decisiones a que haya lugar.

Si el delegante termina respondiendo por la conducta disciplinaria del delegatario, es la típica responsabilidad objetiva, y no creemos que esto sea conforme a derecho; lo que sí puede suceder es que se discipline al delegante por la omisión de hacer uso del poder de instrucción o de reasumir la competencia cuando el delegatario esté haciendo uso irregular de tales competencias. En este orden de ideas, uno será el hecho propio del delegatario que será la suscripción de la contratación indebida, y otra será la conducta del delegante en el grado de omisión por no tomar las acciones conforme se lo exige el deber. Desde luego, ello no implica que el delegante esté pidiendo cuenta a cada detalle de la contratación, porque de ser así se estará desconociendo la función constitucional y administrativa de la delegación, que busca agilizar las respuestas y las actuaciones de la administración frente a los administrados y no tendría sentido delegar para que el jefe del organismo termine concentrando todas las facultades contractuales de la Entidad.

Otra cosa, es la regulación que hace el párrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, en el sentido que el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal. No podemos confundir la delegación total o parcial para la contratación estatal con la institución de la delegación para la firma, en tanto en el primer caso la delegación parcial es el traslado de la competencia para adelantar la etapa precontractual, reservándose el jefe del organismo la etapa contractual y postcontractual; al igual que la delegación total, evento en el cual el jefe del organismo mantiene la orientación y dirección de la contratación de la entidad pública, pero el deber funcional inmediato frente a las estipulaciones contractuales la tiene el delegatario. La delegación para la firma, consiste en la atribución de la facultad por parte del superior al inferior para que en su nombre suscriba un contrato, siendo un acto de contenido material, sin que el delegante se desprenda de sus obligaciones como responsable inmediato y directo frente al contrato.

De allí, que si se incurre en alguna falta disciplinaria en la suscripción del contrato, responde tanto el delegante como el delegatario ya que el primero si bien puede delegar el acto de la firma debe cerciorarse de la legalidad del contrato que ordena suscribir a su inferior, y el segundo igualmente al momento de suscribir el documento igualmente debe revisar la conformidad con el derecho del mismo. Es este el sentido que expresa la Corte Constitucional al revisar la legalidad del párrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1998 y el párrafo 4° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001, pues como lo expresa el profesor Dávila Vinuesa, esto no implica que el superior termine respondiendo por el hecho ajeno del inferior, sino por sus propias acciones u omisiones en relación con la conducta que se juzga en tanto el

comportamiento del superior haya facilitado, permitido o autorizado para que esta se realizara.

Entonces, existen servidores público que tienen funciones contractuales ya porque son jefes de organismos, porque se les ha delegado la facultad de contratar, o porque los manuales de funciones y los reglamentos les han asignado funciones de revisión de legalidad, de rendir conceptos, de aprobación de pólizas, de llevar la hoja de ruta de los contratos, del control de las actas y pagos parciales o totales.

Pero están otros servidores públicos, que no tienen una función directa con relación a la gestión contractual de la entidad, pero si la tienen indirectamente, y es lo que llamamos funciones con ocasión del contrato estatal, tales como el jefe de presupuesto que es el encargado de expedir y cancelar el certificado de disponibilidad presupuestal o de realizar el registro presupuestal; el funcionario de la central de cuentas que atiende al público para recibir y tramitar las cuentas de pago total o parcial del contrato, o el tesorero que tiene el deber de pagar al contratista las cuentas. Ellos también pueden incurrir en conductas o comportamientos contractuales que pueden comprometer la responsabilidad de la administración ya sea por acción u omisión.

Finalmente, es dable señalar que de conformidad con el artículo 25 del CDU y el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Lo anterior, nos muestra que si la participación estatal en el capital

social es superior al 90%, su gerente es destinatario del régimen disciplinario de los servidores públicos, responden por las faltas leves, graves y gravísimas de los servidores públicos, se les imponen las mismas sanciones, su juez natural es la PGN y las PM y el régimen de contratación aplicable es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En el caso de la Administradoras Públicas cooperativas a que se refiere el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, tanto el gerente como los miembros del Consejo de Administración o de su Junta Directiva son servidores públicos sujetos del derecho disciplinario, pues el ECE señala que estas deben estar integradas por entidades territoriales, y en el evento en que la participación privada sea superior a la pública, igualmente están sometidas al régimen disciplinario ya que su objetivo es el de contratar con las entidades públicas a través de convenios interadministrativos y por ende su función es administrar y ejecutar contratos con cargo al presupuesto estatal conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

1.1.1 Empleado o trabajador oficial.

De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y único del Decreto Ley No.3135 de 1968 y los artículos 2, 3 y 5 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, aquellos que se desempeñan en labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, así como aquellas personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y en Sociedades de Economía Mixta y los empleados y obreros de obras que se ejecutan por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada son trabajadores oficiales y su vínculo laboral se da mediante contrato de trabajo.

A nivel territorial, el artículo 292 del Decreto Ley No.1333 de 1986, indica que “los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”.

En la Sentencia T-698 de 2004 MP Dr. Rodrigo Uprimny Yepes la Corte Constitucional señaló:

Constitucionalmente esta Corporación ha reconocido que la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales la conservó el Constituyente en la Carta del 91, de conformidad con la jurisprudencia y la doctrina anterior. Al respecto la Corte, en sentencia C-003 de 1998, reconoció que el constituyente siguió conservando la regla general, tendiente a que en la administración pública (Art. 125 C.P.) los empleos de los órganos y entidades del Estado fueran de carrera, y como excepción, los trabajadores oficiales, entre otros.

En la sentencia C-484 de 1995, la Corte Constitucional señaló que existen frente a estas dos categorías, algunos criterios generales de diferenciación que se desprenden de la Constitución. Estos son, que los empleados públicos son aquellos que deben ser nombrados por la administración para ingresar al servicio (artículo 126 C.N.), que se encuentran comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones legales y reglamentarias, que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (artículo 122 C. N.) y quienes además, por regla general para el ingreso al servicio, deben presentar concurso, y su régimen de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa (artículo 125). En el caso de los trabajadores oficiales, se encuentran las normas que hacen referencia a los servidores públicos, y aquellas relativas al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19

literal f) del artículo 150 de la Carta Política.

Sin embargo, conforme al decir de esta Corporación en múltiples oportunidades, del texto mismo de la Carta no puede extraerse una distinción conceptual estricta entre los empleados públicos y trabajadores oficiales, ni de las tareas que corresponden a cada una de esas categorías, ni tampoco de manera completa, el régimen aplicable a ellos, aunque sí están dados los fundamentos constitucionales que autorizan al Legislador a desarrollar esos tópicos.

En ese orden de ideas, se reitera, compete al legislador definir el alcance de unas y otras categorías conforme a la ley. De allí que llevados al tenor literal de las normas para definir darle sentido a estas categorías, es evidente que conforme a nuestro régimen constitucional, corresponderá a los jueces y magistrados determinar en cada caso concreto el alcance de las normas establecidas por el Legislador, que fijan precisamente los principios de diferenciación respectivos.

Bajo esos supuestos, al no existir criterios constitucionales inescindibles de los que no se pueda separar el interprete al hacer esta diferenciación, para atribuir a unos u a otros el carácter de trabajadores oficiales o empleados públicos, especialmente porque el debate en este caso se concentra en la naturaleza de la expresión “sostenimiento de obras”, procede esta Sala de Revisión a hacer la evaluación de las sentencias confrontadas, a fin de determinar en cada caso, cuáles fueron los criterios de diferenciación aplicados en estas circunstancias y los fundamentos interpretativos de cada decisión.

Los trabajadores o empleados oficiales son aquellos que se encuentran vinculados con el Estado en los distintos niveles de la administración pública tanto del sector central como descentralizado, a través de un contrato de trabajo, ya a término fijo o indefinido, o por lapso de duración de la obra o del servicio que se pretende satisfacer.

El trabajador oficial, a diferencia del funcionario público, está vinculado a la administración pública a través de contrato de trabajo, el juez de las controversias laborales es el juez ordinario, y el régimen jurídico aplicable a este contrato es el Código Sustantivo del Trabajo.

Como quiera que el Código Disciplinario Único, regula las conductas o comportamiento humano de los servidores públicos y de los particulares expresamente previstos en el mismo, se tiene que como en la categoría de servidores públicos encontramos los empleados o trabajadores oficiales, estos están sometidos y son sujetos del ius puniendi disciplinario estatal, y como tal sujetos pasivos de la acción disciplinaria de todas las autoridades en Colombia titulares de la acción disciplinaria.

1.1.2 Miembros de Corporaciones Públicas; Juntas Administradoras Locales y Juntas o Consejos Directivos.

En primer lugar, en lo que hace referencia a las miembros de las **Corporaciones Públicas**, cabe mencionar que la Constitución Política en sus artículos 40 numeral 5; 108 modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009; 123; 134 modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2009; 148; 150 numeral 19; 179; 258 parágrafo 1 modificado por el artículo

9 del Acto Legislativo No.01 de 2009; 265 numeral 12 y artículo 291, se ocupan del desarrollo del marco normativo superior que regula su actividad, indicando en su orden:

- (1) Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que para hacer efectivo este derecho puede tener iniciativa en las corporaciones públicas.
- (2) La norma constitucional establece lo relacionado con la facultad que tiene el Consejo Nacional Electoral para reconocer Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos y fija las reglas para estas organizaciones en materia de votaciones para corporaciones públicas como Cámara de Representantes o Senado; el régimen excepcional de las circunscripciones de minorías étnicas y políticas; las causales de pérdida de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos; inscripción de candidatos a elecciones; inhabilidades; y regulación del Régimen Disciplinario Interno en los Estatutos Internos de los partidos y movimientos políticos; bancada de partidos; régimen de sanciones; expulsión, y pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.
- (3) También establece la Constitución Política que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por

la Constitución, la ley y el reglamento y que corresponde a la ley determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regular su ejercicio, pero además establece la Constitución Política.

- (4) Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes, sólo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, **sanción disciplinaria consistente en destitución**, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el párrafo transitorio 1° del artículo 107 de la Constitución Política. En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral y como consecuencia de la regla general anterior, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad y que la sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública. También anuncia la reforma

constitucional en comento, que no habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo, que la renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista, en suma las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Ahora bien, cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas y que en el caso, en que por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período, precisa la norma constitucional, que el régimen de reemplazos señalado, Acto Legislativo 01 de 2009, esto es, a partir del 14 de julio de 2009, fecha de publicación en el Diario Oficial No.47.410.

- (5) Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.

- (6) No podrán ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; los que hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección; hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; hayan perdido la investidura de congresista; tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política; estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha; tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento; nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia un (1) año antes de la elección al cargo al que se aspire elimina la inhabilidad, pero esta inhabilidad no aplica para quienes hayan renunciado al menos seis (6) meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010.

- (7) El derecho al voto es un derecho y un deber ciudadano y deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.
- (8) Corresponde al Consejo Nacional Electoral decidir sobre la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.
- (9) Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.

En suma, son miembros de Corporaciones Públicas; los Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados, Concejales, miembros de Juntas Administradoras Locales, Magistrados, miembros de Juntas Directivas. Cada uno de ellos como servidores públicos tienen sus funciones definidas en la Constitución y la Ley, las funciones del Congreso de la República

integrada por el Senado y la Cámara de Representantes encuentra sustrato constitucional en los artículos 150 a 168 Superiores; el Senado en los artículos 171 a 175 Superiores; la Cámara de Representantes del artículo 176 a 178 Superiores; otras normas relacionadas con los Congresistas de los artículos 179 a 187 Superiores.

Ahora bien, mediante la Ley 5 de 1992, se expidió el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. Las funciones de los Diputados y de las Asambleas están señaladas en los artículos 299 y 300 Superiores y lo propio hacen los artículos 312 y 313 Superiores respecto de los Concejales y los Concejos Municipales.

En materia jurisprudencial en lo que hace referencia a las Corporaciones Públicas, la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001 MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, estimó que uno de los aspectos centrales que debe determinar el legislador “en ejercicio de su libertad de configuración en materia de contratación estatal es el atinente al señalamiento de los sujetos que intervienen en la relación contractual”.

En ese sentido puntualizó la Corte:

La Ley 80 de 1993, al definir este aspecto relaciona en su artículo 2° las entidades estatales que se sitúan en uno de los extremos de la relación contractual, en donde aparecen unas que tienen personería jurídica, y otras que si bien no la tienen, en virtud de estatuto contractual adquieren la capacidad para celebrar contratos.

Y enfatizó la Corte, “Pero como las entidades públicas no actúan por sí solas sino que requieren de personas naturales que las pongan en movimiento, los literales acusados establecen quienes tienen la denominación de servidores públicos para efectos de la contratación administrativa...”, recurre al predicado normativo en comento y señala que están bajo esa denominación de servidores públicos los “Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas”.

Agrega la Corte que dicha clasificación:

No vulnera precepto alguno de la Carta, pues en primer lugar es razonable que el legislador haya tomado en cuenta un criterio orgánico-funcional -el ejercicio de funciones oficiales en las entidades estatales relacionadas en el artículo 2º-, con el objeto de determinar qué personas tienen la calidad de servidores públicos en materia de contratación estatal.

Y como los servidores públicos en su condición de tales se hacen responsables por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º de la C.P.), el legislador, en desarrollo de lo dispuesto en el canon 124 Superior, ha expedido como mecanismo de protección del interés público distintos regímenes de responsabilidad como la ley penal que tutela bienes de interés general, el régimen disciplinario que se constituye en garantía y salvaguarda de la buena marcha de la gestión pública y la ley fiscal que ampara el patrimonio del Estado.

En este sentido, se concluye que la definición de servidor público que trae el artículo impugnado de ninguna manera pretende desconocer la que al respecto consagra el artículo 123 Superior, y menos aún disminuir la responsabilidad de los funcionarios que al servicio del

Estado participan en los procesos de contratación administrativa en contravención de lo dispuesto en los artículos 6° y 90 de la Carta, puesto que en ningún momento los apartes del texto cuestionado los exonera de la responsabilidad que les corresponde según la falta en que hayan incurrido al participar en el proceso contractual.

La jurisprudencia en comento, además puntualizó: “Ahora bien, si en virtud de la cláusula general de competencia -artículo 6° Constitucional-, los servidores públicos sólo pueden hacer lo que la Constitución y la Ley les autorice, se tiene que sólo pueden suscribir contratos estatales las personas que conforme a la ley tienen la facultad de comprometer la responsabilidad de la entidad en la que ejercen el empleo público”.

Al centrar la Corte su análisis en las Corporaciones Pública, consideró, lo siguiente:

El literal b) del artículo 2° de la Ley 80 de 1993 dispone que los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para suscribir contratos tienen la calidad de servidores públicos para efectos de la aplicación del estatuto contractual, determinación que por los motivos ya expresados también resulta lógica y razonable.

Obviamente lo anterior no quiere significar que en una corporación pública los únicos que ostenten la calidad de servidores públicos sean los miembros a quienes se les reconoce la capacidad de suscribir contratos en nombre de aquéllas, pues es bien sabido que todos los miembros de las corporaciones públicas con o sin capacidad de suscribir contratos, tienen la calidad de servidores públicos en virtud del artículo 123 Superior, que expresamente les atribuye esta condición.

La asignación de la calidad de servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas que tienen la capacidad de suscribir contratos en nombre de la entidad a la que pertenecen, equivale a entregarles la titularidad de la función administrativa en virtud de la cual pueden comprometer la responsabilidad de la corporación en materia contractual. Por su parte, los miembros de estas corporaciones individualmente considerados no son titulares de la función administrativa, pero por ello no dejan de ser servidores públicos, porque lo son para otros efectos, y como tal deben responder penal, disciplinaria y fiscalmente.

Finalmente, cabe observar que la jurisprudencia constitucional ha expresado que el alcance de la noción de servidor público contenida en las disposiciones bajo examen no puede asimilarse a un estatuto de la función pública, pues la intención del legislador fue vincular a las reglas de contratación pública y al sistema de responsabilidad consecuente, a las personas sujetas a una relación laboral subordinada y a quienes en calidad de representantes o funcionarios de nivel directivo, asesor o ejecutivo que perteneciendo a entidades en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, desarrollan actividades que contribuyen a la realización de ese cometido.

En segundo lugar, en lo relativo a las Juntas Administradoras Locales, la Constitución Política busca fortalecer el proceso descentralizador tanto por delegación, como por vía de desconcentración de funciones y servicios y para ello en sus artículos 260; 318; 323 modificado por los Actos Legislativos 02 de 2002 y 03 de 2007; 324, se ocupó de señalar:

- (i) Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su

oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.

- (ii) Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los **concejos** podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales. En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones: 1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas; 2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos; 3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión; 4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal y 5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.
- (iii) En el caso del Distrito Capital de Bogotá, el Concejo Distrital se compondrá de cuarenta y cinco (45) concejales; norma que modificó el texto constitucional original de 1991, el cual indicaba que *“El concejo distrital se compondrá de un concejal por cada ciento*

cinquenta mil habitantes o fracción mayor de setenta y cinco mil que tenga su territorio". Y el precepto legal en el ámbito distrital indica que en cada una de las localidades habrá una junta administradora, elegida popularmente para períodos de tres años, que estará integrada por no menos de siete ediles, según lo determine el concejo distrital, atendida la población respectiva. La elección de Alcalde Mayor, de concejales distritales y de ediles se hará en un mismo día para períodos de tres años. Los alcaldes locales serán designados por el Alcalde Mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora...Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas.

- (iv) Las juntas administradoras locales distribuirán y apropiarán las partidas globales que en el presupuesto anual del Distrito se asignen a las localidades teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de su población. Cabe precisar, que de conformidad con el artículo 5 del Acto Legislativo 02 de 2002, actualmente el período de elección del Alcalde, los Concejales y los ediles, es por cuatro (4) años y el Alcalde no puede ser reelegido para el período siguiente.

En lo relativo al Régimen Especial de Bogotá, además de lo anterior, cabe mencionar que el Decreto Ley 1421 de 1993 en sus artículos 5 numeral 3; 12 numeral 6 y 64 modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo 02 de 2002, establece:

- (i) El Gobierno y la administración del Distrito Capital están a cargo, entre otras autoridades, de las juntas administradoras locales.

- (ii) Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley:
Determinar los sistemas y métodos con base en los cuales las juntas administradoras locales podrán establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para realización de actos culturales, deportivos, recreacionales o de mercados temporales, de conformidad con lo previsto en este estatuto.
- (iii) Las juntas administradoras locales se elegirán popularmente para períodos de cuatro años (4) años. El Concejo Distrital determinará, según la población de las localidades, el número de ediles de cada junta administradora. En ningún caso podrá ser inferior a siete (7) y cada localidad elige su respectiva junta administradora. Con tal fin, la Registraduría Distrital del Estado Civil hará coincidir la división electoral interna del Distrito Capital con su división territorial en localidades. En las votaciones que se realicen para la elección de juntas administradoras sólo podrán participar los ciudadanos que hagan parte del censo electoral que para cada localidad establezcan las autoridades competentes.

También los artículos 2; 9 y 81 de la Ley 134 de 1994, mediante la cual se dictaron normas sobre mecanismos de participación ciudadana, establecen:

- (i) La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar Proyecto de Acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de Ordenanza ante las Asambleas

Departamentales, de Acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de Resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente.

- (ii) El Cabildo abierto es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad.
- (iii) En cada período de sesiones ordinarias de los concejos municipales o distritales, o de las juntas administradoras locales, deben celebrarse por lo menos dos sesiones en las que se considerarán los asuntos que los residentes en el municipio, distrito, localidad, comuna o corregimiento, soliciten sean estudiados y sean de competencia de la corporación respectiva.

De otra parte, los artículos 32 numeral 4; 34; 71 literal c) numeral 10; 120; 121 incisos 2 y 3; 122; 127; 133; 134; 135 y 136 de la Ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, establece:

- (i) Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes: Autorizar al alcalde para delegar en sus subalternos o en las juntas administradoras locales algunas funciones administrativas distintas de las que

dispone esta Ley.

- (ii) Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.
- (iii) El Concejo podrá delegar en las Juntas Administradoras Locales parte de las competencias que le son propias, conforme a las siguientes normas generales: a) La delegación se hará con el fin de obtener un mayor grado de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios. En todo caso, dichas competencias están subordinadas al plan de desarrollo del municipio; b) No se podrán descentralizar servicios ni asignar responsabilidades, sin la previa destinación de los recursos suficientes para atenderlos; c) Los Proyectos de Acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las Juntas Administradoras Locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la Ley Estatutaria correspondiente.

En las elecciones de Juntas Administradoras Locales, las votaciones se realizarán de conformidad con la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral siguiendo principios y reglas análogas a los que regulan la elección de concejales. La Registraduría Nacional del Estado Civil organizará y vigilará el proceso de elecciones de Juntas

Administradoras Locales.

- (v) En las votaciones que se realicen en la elección de Juntas Administradoras Locales sólo podrán participar los ciudadanos inscritos en el censo electoral que para cada comuna o corregimiento establezcan las autoridades competentes.
- (vi) Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo, además de estas funciones, los alcaldes tendrán las siguientes:
 - c) En relación con la Nación, al Departamento y a las autoridades jurisdiccionales:
Apoyar con recursos humanos y materiales el buen funcionamiento de las Juntas Administradoras Locales.
- (vii) El artículo 127 fue modificado por el artículo 46 de la Ley 617 de 2000 y señala que las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior y que quien fuere llamado a ocupar el cargo de miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.
- (viii) Las Juntas Administradoras Locales no podrán crear organización administrativa alguna, pero el alcalde municipal podrá colocar bajo la dirección de los corregidores,

según el caso, a funcionarios municipales, quienes cumplirán las funciones que les asignen las autoridades municipales y las que se deriven de la actividad de las Juntas Administradoras Locales.

- (ix) Para el ejercicio de sus funciones las Juntas Administradoras Locales actuarán de manera coordinada con todas las autoridades municipales y colaborarán con ellas. Las Juntas Administradoras Locales promoverán reuniones con asociaciones cívicas, profesionales, comunitarias, sindicales, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, cuyo radio de actividades esté circunscrito a la respectiva comuna o corregimiento, a fin de consultar prioridad en la inversión o ejecución de obras públicas que sean de su cargo.
- (x) Las Juntas Administradoras Locales están sometidas al régimen de control fiscal de cada municipio y el artículo 178 de esta misma ley asigna al personero municipal la función disciplinaria que corresponda a las conductas cometidas por los ediles.

En estrecha armonía con los predicados normativos del artículo 71 de la Ley 136 mencionada, el artículo 62 del Acuerdo Distrital No.95 de 2003, señala que los Proyectos de Acuerdo pueden ser presentados por los Concejales y por el Alcalde Mayor a través de sus Secretarios, Jefes de Departamento Administrativo o representantes legales de las entidades descentralizadas. El Personero, el Contralor, el veedor y las Juntas Administradoras Locales los pueden presentar en materias relacionadas con sus atribuciones y que de conformidad con la respectiva Ley Estatutaria, los ciudadanos y las organizaciones sociales podrán presentar

Proyectos de Acuerdo sobre temas de interés comunitario.

La Ley 163 de 1994 mediante la cual se dictaron algunas disposiciones en materia electoral, en su artículo 1°. advirtió que las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Ediles o Miembros de Juntas Administradoras Locales, se realizarán el último domingo del mes de octubre y los artículos 2; 3 y 7 de la misma Ley hacen referencia a la inscripción de candidaturas e inscripción de los electores para ejercer el respectivo derecho al voto y a los escrutinios.

De otra parte, conviene señalar que los artículos 48; 49 y 50 de la Ley 617 de 2000 mediante la cual se reformó parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario No.1222 de 1986, se adicionó la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto Ley 1421 de 1993, se dictaron otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictaron normas para la racionalización del gasto público nacional, señaló, en su orden:

- (i) Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general; 2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso; 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o

concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; 4. Por indebida destinación de dineros públicos; 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado; 6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley. Advierte la norma que las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor y que la pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con Jurisdicción en el respectivo Departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del Concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la Sala o Sección del Consejo de Estado, que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

- (ii) Estableció expresamente la siguiente prohibición: Prohíbese a los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, intervenir en beneficio propio o de su partido o grupo político, en la asignación de cupos presupuestales o en el manejo, dirección o utilización de recursos del presupuesto, sin perjuicio de la iniciativa en materia de gasto que se ejercerá únicamente con ocasión del debate al respectivo plan de desarrollo y del debate de la ordenanza o acuerdo anual de presupuesto, en la forma que establecen las leyes orgánicas del plan y del presupuesto.
- (iii) En concordancia con estos mandatos el artículo 49 de la citada Ley 617 modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, previó, lo siguiente: Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas

administradoras locales municipales y Distritales. En primer lugar, los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio; en segundo lugar; los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas y en tercer lugar; los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente. Se exceptúan de lo previsto en la mencionada norma, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa y finalmente las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas

también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

En particular, sobre la aplicación del artículo 49 de la Ley 617, la Corte Constitucional, estimó en cuanto a la designación de parientes o de nominadores por parte de los Concejales, lo siguiente:

...La Corte llama la atención sobre el hecho que cuando los propios diputados o concejales intervienen en la designación de sus parientes o de las personas que pueden actuar como nominadores de los mismos resulta aplicable el artículo 126 superior, y en consecuencia el grado de parentesco a que hace referencia el segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 no contradice la Constitución.

La Corte advierte así mismo que idéntica situación se presenta en relación con el caso de los parientes de los gobernadores y alcaldes, así como de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, bien por que i) dicho grado de parentesco igualmente resulta concordante con el artículo 216 superior ii) bien por que no existe norma expresa que limite la potestad de configuración del Legislador.

En ese orden de ideas no resulta posible proceder a la declaratoria de inexequibilidad del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 como lo solicita el señor Procurador, ni de las expresiones *"cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad"* acusadas por el actor, pues dicha declaratoria de inexequibilidad dejaría por fuera del ordenamiento jurídico disposiciones que en

determinadas hipótesis y en relación con determinadas personas en él invocadas, en nada contradicen la Constitución frente al cargo planteado.

4.2.2 La Corte constata que lo que procede en el presente caso, como lo ha hecho en circunstancias similares, es dictar una sentencia condicionada que asegure el respeto de la Constitución, dando la norma una interpretación que se ajuste a sus mandatos.

En consecuencia, la Corte, **RESUELVE:**

Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por la Ley 821 de 2003, en el entendido que respecto de diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.

Había advertido la Corte:

(...) La condición de servidor público que cobija también, como se ha dicho, a los concejales y a los miembros de las juntas administradoras locales, le da a la persona que ejerce la función, una gran capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado, con lo cual se podría generar un conflicto de intereses entre dichos servidores y la Administración, en perjuicio del interés general y de los principios que regulan la función

pública. El objetivo de esas disposiciones resulta entonces bastante claro, en cuanto que trata de impedir que se mezcle el interés privado del servidor público, con el interés público, y evitar, por tanto, que pueda valerse de su influencia, para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno. Las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 -*"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*- hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado (...) (toda la negrilla por fuera del texto original).

Pero al regresar al sistema de fuentes, en lo que a la norma se refiere, las normas que por estar situadas en un grado inferior en la pirámide normativa, no son menos importantes, como las que rigen en el ámbito distrital, específicamente, tendientes a regir la organización y funcionamiento de las Juntas Administradoras Locales, claro ejemplo de ello, es el Decreto No. 613 de 1996, mediante el cual se convocó a sesiones extraordinarias al Concejo de Bogotá, para ocuparse entre otras cosas, de lo relativo al cobro por concepto de uso del espacio público por parte de las Juntas Administradoras Locales y de forma complementaria el Decreto Distrital No.190 de 1997, a través del cual nuevamente se citó a sesiones extraordinarias al Concejo Distrital de Bogotá, para determinar los sistemas y métodos con base en los cuales las Juntas Administradoras Locales podían establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para la realización de actos culturales, son ejemplo, de la amplia regulación de estos entes, desde todas las fuentes del Derecho.

En armonía con lo anterior, también, el Acuerdo Distrital No.09 de 1997, determinó lo

relacionado con los sistemas y métodos con base en los cuales las Juntas Administradoras Locales podrán establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para la realización de actos culturales deportivos, recreacionales o de mercados temporales y modificó y adicionó el artículo 120 del Acuerdo Distrital No.18 de 1989 (Código de Policía de Bogotá), pero además previó la norma, que las Juntas Administradoras Locales expedirán el Acuerdo Local para el uso del espacio público previo concepto del Departamento de Planeación Distrital "*Taller Profesional del Espacio Público*" en concordancia con lo establecido en el Acuerdo Distrital No.6 de 1990 y en sus Decretos Reglamentarios 600, 734,735, 736 y 737 de 1993 y se encargó que las Juntas Administradoras Locales determinaran, lo relativo a los Espacios Públicos Locales que podrían ser utilizados de conformidad con lo establecido en los artículos 12 numeral 6 y 69 numeral 6, del Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993, únicamente para los fines allí previstos.

El artículo 22 numeral 1. del Decreto Distrital No.854 de 2001, al hacer referencia a la Delegación de funciones que el Alcalde Mayor hace en el Secretario de Gobierno, señala que le corresponde: La revisión de los Acuerdos locales expedidos por las Juntas Administradoras Locales que hayan sido sancionados, a los cuales se refiere el artículo 83 del Decreto Ley 1421 de 1993, así como la presentación de las objeciones al Tribunal Administrativo cuando a ello hubiere lugar.

El artículo 3 del Acuerdo Distrital No.135 de 2004, al hacer referencia a la Formulación de los Planes Integrales de Seguridad, señala que la Administración Distrital y las autoridades locales deben diseñar e implementar los Planes Integrales de Seguridad, de conformidad con los parámetros establecidos en el presente Acuerdo y debidamente articulados al Plan de

Desarrollo Económico, Social y de Obras Públicas y al Plan Maestro de Equipamiento de Seguridad Ciudadana, Defensa y Justicia, con participación directa de las instancias gubernamentales responsables de la seguridad en el Distrito Capital y sus localidades y que el Alcalde Mayor presentará al Concejo de Bogotá un informe anual sobre su ejecución y cumplimiento y que los Alcaldes Locales presentarán el respectivo informe ante las Juntas Administradoras Locales.

De otra parte, el artículo 34 del Decreto Distrital No.115 de 2005, al establecer los mecanismos de interlocución entre el Alcalde Local y la Junta Administradora Local, señala, que los Consejos Locales de Juventud tendrá cuatro (4) sesiones oficiales al año de encuentro con el respectivo Alcalde Local y el ELAI, y cuatro (4) anuales con la Junta Administradora Local en sesión plenaria y periodos ordinarios, sesiones donde se tratarán únicamente los temas y proyectos relacionados con la juventud. Se tendrá una sesión especial para la instalación de los Consejos Locales de Juventud con presencia del Alcalde Local y las Juntas Administradoras Locales de la respectiva Localidad. Es decir, se trata de un asunto específico de su competencia, que al integrarse al conjunto de un ámbito competencial da cuenta de las importantes responsabilidades que tiene la Junta Administradora Local.

En esa dirección, son varios los pronunciamientos Jurisprudenciales y en el caso de Bogotá, el Consejo de Estado, al analizar la naturaleza jurídica de las Juntas Administradoras Locales, señaló:

(...) Estas juntas son corporaciones públicas, cuerpos de representación elegidos por el pueblo, que participan en la elaboración de planes y programas, de propuestas de inversión,

que tienen funciones de vigilancia y control de la gestión pública, etc. -, y hacen parte de la administración municipal o distrital; obligadas por tanto a cumplir, en todas sus atribuciones, incluidas las electorales, las normas constitucionales de manera prevalente, entre ellas, el artículo 263 constitucional, que prevé el empleo del sistema del cociente electoral siempre que estas corporaciones voten por dos o más individuos. A esta conclusión se llega del análisis de los artículos 40, 148, 260, 261, 291 de la Constitución Política, 119 a 135 de la ley 136 de 1994, 64 a 83 del Decreto 1421 de 1993 y 48 de la ley 617 de 2000, así como de la naturaleza, atribuciones, funcionamiento - reuniones, sesiones, quórum, etc. - de las juntas administradoras locales, forma de elección de los ediles, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones y honorarios de los mismos (...).

En cuanto a los requisitos para la creación de las Juntas Administradoras Locales, indicó el Consejo de Estado:

(...) Es competencia de las Asambleas Departamentales, por medio de las ordenanzas, crear y suprimir municipios, con sujeción a los requisitos que señale la ley (artículo 300-6 Constitución Política de 1991). La Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, señala los requisitos, que deben ser concurrentes, para que la porción de un territorio pueda ser erigida en municipio. Para que un territorio sea erigido en municipio no es requisito la existencia de una Junta Administradora Local, con un año de anterioridad a su creación (...).

También el Consejo de Estado, hizo referencia a la aplicación del Régimen Especial del Distrito Capital, al indicar expresamente, lo siguiente:

(...) Así las cosas, el Decreto con fuerza de Ley 1421 de 1.993, dictado por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades constitucionales del artículo 41 transitorio, contiene el Régimen Especial del Distrito Capital, aplicable de preferencia respecto de disposiciones legales que rigen para los demás municipios. La materia relacionada con la distribución de competencias para la organización y reordenamiento de la administración distrital, está contenida en los artículos 12 numerales 8°, 9°; 38 numerales 6°, 9° y 10° y 55 del mencionado Decreto 1421..."

..."Como se advierte, el esquema de distribución de competencias relacionadas con la administración pública distrital, sigue la misma línea que fijó el legislador para reordenar y adecuar la estructura de la administración nacional: El Concejo Distrital, como suprema autoridad del Distrito Capital, en ejercicio de sus atribuciones de carácter normativo, determina, a iniciativa del Alcalde, la estructura general de la administración, desarrollando los mandatos del Estatuto Orgánico. Esa estructura administrativa del Distrito Capital, comprende los sectores central, descentralizado y el de las localidades. El primero, lo integran el despacho del Alcalde, las secretarías y los departamentos administrativos; el segundo, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales, las sociedades de economía mixta y los entes universitarios autónomos y, el de las localidades, las juntas administradoras y los alcaldes locales (artículo 54 *ibid.*). La atribución del Concejo es la de determinar, dentro del esquema señalado en el Estatuto, las entidades que conforman cada sector y sus funciones básicas. Así mismo las normas generales para hacer operativa esa estructura."...(negrilla por fuera del texto original).

También el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al hacer mención a las competencias del Concejo Distrital en la Reglamentación del Espacio Público, señaló:

(...) El Acuerdo Núm. 09 de 4 de abril de 1997 constituye ya una reglamentación dada por el Concejo en la materia y, de otra parte, las Juntas Administradoras Locales sí pueden ser delegatarias de las funciones del Concejo Distrital, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 318 constitucional. En concordancia con esas previsiones constitucionales, los artículos 12 y 69, numerales 6, del Decreto Ley 1421 de 1993 le otorgaron al Concejo la facultad de *"determinar los sistemas y métodos con base en los cuales las Juntas Administradoras Locales podrán establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos recreacionales o de mercados temporales"*, que fue lo que hizo a través del Acuerdo acusado, y a las JAL, la facultad de preservar y hacer respetar el espacio público, mediante la reglamentación de su uso para fines culturales, recreacionales, deportivos o de mercados temporales, con el cobro de derechos por tal concepto. De manera que es la propia ley la que estructura el uso de las competencias que se cuestionan, otorgándoles al Concejo Distrital y a las JAL facultades en materia de cobro de derechos por el uso del espacio público. No se observa, entonces, cómo se puedan violar las normas sobre delegación de funciones en el asunto que se analiza. Así mismo, la Sala considera que el cobro de derechos por la utilización temporal del espacio público que puedan hacer las Juntas Administradoras Locales, de acuerdo con el Decreto Ley 1421 de 1993 y el Acuerdo 09 de 1997, no constituye un tributo, como lo considera la sentencia recurrida, por lo que mal podría violarse el artículo 338 de la Constitución, que se refiere a las contribuciones fiscales y parafiscales (...).

Pero además, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre las circunscripciones electorales para la elección de Juntas Administradoras Locales, expresó:

(...) Esta Corte considera que la introducción del concepto de autonomía, que implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del Estado Unitario. De esta forma, a la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por esto, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes, Por el contrario dichas competencias, como lo señala la propia Constitución, deben ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad...

...Una interpretación teleológica y sistemática de los anteriores preceptos constitucionales, conduce a esta Corte a afirmar que en materia del régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, el Constituyente instituyó una competencia concurrente de regulación normativa en cabeza de los niveles central y distrital, que por su alcance y radio de acción puede caracterizarse así:

a) A la Ley le compete establecer por vía general el régimen jurídico del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, esto es, expedir el estatuto básico que estructure los aspectos organizativos, funcionales y operativos en los ámbitos político, fiscal y administrativo (artículo 322 C. N.).

b) Es propio del nivel distrital y del **local** desarrollar tanto las competencias de regulación normativa que en su favor prevé la Carta, como las subsidiarias o complementarias de la

preceptiva legal de modo que dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de las necesidades propias del Distrito Capital y de sus habitantes, según las características y peculiaridades de las necesidades locales.

Tal competencia concurrente constituye nítida expresión de la articulación de los dos niveles a partir de los cuales se organiza el Estado Colombiano. En efecto, de una parte la Ley a través de su capacidad reguladora realiza la unidad jurídico - política de la República al fijar las condiciones que permitan armonizar los ámbitos nacional, distrital y **local**, sin que al hacerlo, desde luego, le sea dable cercenar o desconocer la facultad decisoria de que, conforme a la Carta Política, gozan las instancias regional, distrital y local para la gestión de sus propios intereses. Por la otra, las autoridades de los niveles distrital y local, al ejercer la facultad normativa que emana directamente de la Carta, desarrollan la potestad de autorregulación que esta les reconoce para la gestión de sus propios asuntos; y, al ejercitar la complementaria de la Ley, singularizan y adaptan ese contenido normativo a las particulares condiciones de la unidad territorial denominada Distrito Capital con lo cual expresan la diversidad, que de otro lado, se busca satisfacer con esta estructura institucional (...) (la negrilla por fuera del texto original).

La Corte, también examinó lo relacionado con las prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los miembros de las Juntas Administradoras Locales municipales y distritales:

(...) A partir de los anteriores presupuestos, en cuanto a las expresiones "y los miembros de las juntas administradoras locales municipales y distritales" contenidas en el tercer inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 200 tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003, a que alude el actor, la Corte hace énfasis en i) que no existe ninguna disposición

constitucional que regule de manera directa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de sus miembros y de sus parientes, tanto para acceder a un cargo público como para contratar con el Estado, al tiempo que los artículos 293, 318 y 322 superiores asignan a la ley de manera general la regulación del régimen aplicable a dichas juntas administradoras locales; ii) que en función de asegurar la plena vigencia de los principios de moralidad e imparcialidad en la administración local, -tomando en cuenta particularmente la función atribuida a dichas juntas administradoras de distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal-, bien puede el Legislador, sin desbordar los límites de su potestad de configuración establecer reglas estrictas dirigidas a asegurar el pleno respeto de los referidos principios; iii) que como se precisa más adelante la prohibición ha de entenderse circunscrita al respectivo distrito o municipio, por lo que no puede considerarse que la norma esté estableciendo una prohibición desproporcionada o irrazonable que vulnere los derechos fundamentales de las personas a las que ella se aplica; iv) que lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en materia de contratación en el orden territorial a favor de sus allegados, de tal suerte que la prohibición aludida constituye una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los distritos y municipios y no el desconocimiento de la buena fe de los miembros de las Juntas Administradoras Locales Municipales o Distritales ni de sus parientes, por lo que no cabe en consecuencia considerar vulnerado en este caso dicho principio constitucional invocado por el actor (artículo 83 C.P.); y v) que la prohibición a que alude el tercer inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 se predica sin distinción de todos los miembros de juntas administradoras locales o distritales y de sus parientes en los casos a que en él se alude, por lo que tampoco puede considerarse vulnerado el principio de igualdad".

...

"En ese orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de las expresiones "y miembros de juntas administradoras locales municipales o distritales" en el entendido que la prohibición a que alude el tercer inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo miembro de junta administradora local, municipal o distrital.

Así mismo ha de entenderse, -como también se precisó en la Sentencia C-348 de 2004-, que la prohibición contenida en dicho inciso no impide a las personas a que éste alude contratar bienes o servicios que la administración -en este caso municipal o distrital-, ofrezca, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales (...).

Pero también, la Corte, se detuvo en el análisis de la distribución y apropiación de partidas globales asignadas por parte de la Junta Administradora Local, señalando:

(...) La potestad que la Carta le otorga a las juntas administradoras locales para distribuir y apropiar partidas globales debe entenderse y aplicarse en consonancia con lo normado en el artículo 352 Superior. Es decir, considerando que todas las competencias en materia presupuestal se rigen principalmente por lo reglado en la Constitución y en la ley orgánica del presupuesto, las juntas administradoras locales deben comenzar por reconocer el nivel que les corresponde dentro de la escala funcional de las competencias presupuestarias, para luego sí, habida consideración de sus atribuciones estrictamente locales, distribuir y apropiar las partidas pertinentes, observando al efecto que la autonomía presupuestal propia del Consejo Distrital de Bogotá no le es predicable a ellas. Consecuentemente acometerán las funciones propias de su fuero, dentro de las cuales obran las atinentes al reconocimiento de los honorarios y seguros a

favor de los ediles. Por lo mismo, los parámetros establecidos en el artículo 59 de la ley 617 son de forzoso cumplimiento para las mencionadas juntas por cuanto no vulneran el principio de autonomía territorial. Por lo demás, es de recordar que dentro de las reglas sobre presupuesto público el principio de autonomía presupuestal en el orden territorial abarca los trámites concernientes a la programación, aprobación, modificación y ejecución de sus respectivos presupuestos. Universo dentro del cual las juntas administradoras locales sólo tienen capacidad para distribuir y apropiar las partidas globales que en el presupuesto anual del Distrito se asignen a las localidades (...).

El Consejo de Estado, al puntualizar sobre las inhabilidades, sanción penal y suspensión provisional del cargo de los Ediles como miembros de las Juntas Administradoras Locales, señaló:

(...) La Ley 136 de junio 2 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización de los municipios, en su artículo 124 estableció el régimen de inhabilidades para los miembros de las Juntas Administradoras. El numeral 1 de la disposición, inhabilita a quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección excepto en los casos de delitos culposos o políticos. El elegido fue condenado a la pena de seis meses de arresto por el delito de inasistencia familiar y por estar la condena enmarcada dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, que es el término establecido en la norma, es indudable que sin necesidad de recurrir a análisis jurídico alguno, aparece clara la transgresión debiendo por lo tanto suspenderse provisionalmente en sus efectos, el acto transgresor (...).

En cuanto al carácter de autoridad pública y funciones de los miembros de las Juntas Administradoras Locales, el Consejo de Estado, señaló:

(...) En relación con los miembros de las juntas administradoras locales, el artículo 260 de la Constitución Política señala expresamente su carácter de autoridades públicas, al establecer que "los ciudadanos eligen en forma directa...miembros de las juntas administradoras locales...y demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale". El carácter de autoridad pública de los miembros de las juntas administradoras locales se deduce además de lo dispuesto en los artículos 318, 323 y 324 ibídem, en los cuales se establece su forma de elección; se señalan las prohibiciones a las cuales están sujetas y se asigna a dichas juntas, funciones relacionadas con la participación en los planes y programas de desarrollo económico y social; vigilancia y control sobre la prestación de servicios públicos y de las inversiones que se realicen con recursos públicos; formular propuestas de inversión ante las autoridades encargadas de elaborar los respectivos planes; distribuir las partidas globales que se les asigne a las localidades y ejercer las funciones que les deleguen los concejos u otras autoridades locales (...).

Ahora bien, en materia de conceptos jurídicos, vale la pena apreciar, por ejemplo, el siguiente, relacionado con la creación de las Juntas Administradoras Locales:

(...) De acuerdo a la estructura administrativa prevista en el artículo 54 del Decreto Ley 1421 de 1993, el Distrito Capital estará comprendido por el sector central, el descentralizado y las localidades. El Distrito Capital, será entonces, dividido territorialmente de acuerdo a las características sociales de sus habitantes, las cuales contarán con autonomía administrativa y fiscal para el manejo de cuestiones propias de esa parte del territorio y, de igual manera, la dirección y coordinación de las localidades estará a cargo de una Junta Administradora Local

(J. A. L.) de elección popular y, un Alcalde Local designado por el Alcalde Mayor...

..Dentro del anterior contexto, la Constitución Política de 1991, consagra para Santa Fe de Bogotá un Régimen Especial, aspecto de principal innovación en lo relativo a la organización territorial y que lo distingue inequívocamente del régimen municipal tradicional (...).

Un segundo concepto relacionado con la creación de localidades dentro del Plan de Ordenamiento Territorial, señala:

(...) Toda creación de localidades está sujeta al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto Ley 1421 de 1993, que establece como facultad del Concejo Distrital a iniciativa del Alcalde Mayor señalar las localidades, su denominación, sus límites y atribuciones administrativas, teniendo en cuenta la cobertura de los servicios básicos, comunitarios e institucionales así como las características de sus habitantes y demás aspectos que las identifique. En este sentido, creemos que no es materia del Plan de Ordenamiento Territorial ya que no habría unidad de materia. Pese a lo anterior, en el evento que la administración desee crear nuevas localidades, debe agregar un título al Plan de Ordenamiento que se denomine disposiciones finales, y en el debe consagrar el articulado de creación de las nuevas localidades.

En cuanto a las repercusiones políticas y administrativas que se generan con la creación de nuevas localidades dentro del Plan de Ordenamiento se resaltan:

a. En el evento que vencidos los sesenta (60) días con que cuenta el Concejo Distrital para aprobar el P.O.T. no lo hiciere, el Alcalde Mayor está facultado para expedir el Plan por decreto. Teniendo en cuenta que las localidades son de creación exclusiva del Concejo Distrital,

la creación que se hiciera dentro del P.O.T., de las nuevas localidades estaría viciada de nulidad por la causal de falta de competencia consagrada en el Código Contencioso Administrativo.

b. En el caso que el P.O.T. se adopte mediante Acuerdo, se crearían las localidades, pero estas no podrían empezar a operar de inmediato ya que según lo dispone el artículo 64 del Decreto Ley 1421 de 1993, estas deben contar con unas juntas administradoras locales las cuales son de elección popular, las cuales sólo podrían elegirse en el año 2.000. Igual situación ocurre con los ediles según lo dispone el artículo 65 ibídem.

c. Teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 69 del Decreto Ley 1421 de 1993, corresponde a las juntas administradoras entre otras funciones adoptar el plan de desarrollo, presentar proyectos de inversión y adoptar el presupuesto, se confirma el hecho que las nuevas localidades no podrían operar durante la presente administración.

d. Si la decisión política es crear las nuevas localidades, los límites de las mismas deben ser coherentes con los consagrados en los Acuerdos 8 de 1977, 14 de 1983, 9 de 1986 y 15 de 1993.

Un tercer concepto, se pronuncia sobre la naturaleza del cargo de Edil de la Junta Administradora Local, en el siguiente sentido:

(...) Los Ediles de las Juntas Administradoras Locales, como integrantes de estas Corporaciones Públicas son servidores públicos conforme a lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Nacional, no tienen, sin embargo, la categoría de empleados públicos, a los que se refiere el artículo 122 de la Carta Política, pues estos últimos son vinculados por una

relación legal o reglamentaria, al paso que aquellos ostentan su investidura en virtud de una elección popular, aun cuando tienen en común que, unos y otros están al servicio del Estado y de la comunidad. Es decir, los empleados públicos son una de las categorías de servidores públicos, así como también lo son los trabajadores oficiales, los de las entidades descentralizadas territoriales y por servicios y los miembros de las corporaciones públicas (...).

En tercer lugar, en lo que hace atinente a las Juntas Directivas, los artículos 77 inciso 2; 150 numeral 22 y numeral 19 literal b); 180 numeral 3 modificado por el artículo 2 párrafo 2 del Acto Legislativo 03 de 1993; 291 incisos 1 y 2; 305 numeral 5; 323 inciso 5 modificado por los Actos Legislativos 02 de 2002 y 03 de 2007; 372 inciso 1; 373 inciso 2 Superiores, establecen normas relacionadas con su funcionamiento y se ocupa de lo relativo a:

- (i) La Comisión Nacional de Televisión y su Junta Directiva.
- (ii) La facultad del Congreso respecto de la expedición de las leyes relacionadas con el Banco de la República y las funciones que competen a su Junta Directiva.
- (iii) Las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para, entre otros efectos, regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República.
- (iv) Que los congresistas no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que

administren tributos.

- (v) Que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura y que los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos.
- (vi) Que son atribuciones del gobernador, entre otras, nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento y que los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador.
- (vii) Que los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas.
- (viii) Que la Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley y que tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá y que el Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella, que los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada

cuatro años, pero que además los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación y

- (ix) Que las operaciones de financiamiento a favor del Estado requerirán la aprobación unánime de la junta directiva del Banco de la República, a menos que se trate de operaciones de mercado abierto.

De otra parte, la Ley 80 de 1993, en sus artículos 2 numeral 2 literal b); 8 numeral 2 párrafo primero; 25 numeral 11; 26 numeral 5 se ocupan del mismo asunto, al definir las entidades, los servidores y los servicios públicos para los fines del Estatuto Contractual, señala:

- (i) Se denominan servidores públicos Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.
- (ii) Las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar, tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, la inhabilidad prevista para las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo, esta inhabilidad no se aplicará en relación con las

corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. Cabe mencionar que el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó un inciso en el sentido que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

En virtud del principio de economía las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación; de conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos y

En virtud del principio de responsabilidad la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

De otra parte, la Ley 136 de 1994 mediante la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, en sus artículos 45 numeral 3., modificado por el artículo 3 de la Ley 177 de 1994, 126 numeral 3 y 166, consagró:

- (i) En materia de incompatibilidades, los concejales, entre otras cosas, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo, ni celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.
- (ii) En materia de incompatibilidades los miembros de las Juntas Administradoras Locales, no podrán ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos precedentes del mismo, pero además no podrán celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que establece la ley, so pena de incurrir en causal de mala conducta y
- (iii) Finalmente establece la norma que los contralores distritales o municipales sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en el municipio cuando sean expresamente invitados con fines específicos.

En la Ley 142 de 1994, mediante la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, en sus artículos 17 párrafo 1 inciso 2; 19 numerales 4 y 16; 27 numeral 6 y 39 numeral 2, modificado por el artículo 4 de la Ley 689 de 2001, en su orden indican:

- (i) Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas.
- (ii) Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico: Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio y la composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.
- (iii) En lo que tiene que ver con las reglas especiales sobre la participación de entidades públicas, la Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales: Los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el gobernador o el alcalde, según se

trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. En el caso de las Juntas Directivas de las Empresas oficiales de los Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal, estos serán designados así: dos terceras partes serán designados libremente por el alcalde y la otra tercera parte escogida entre los Vocales de Control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos domiciliarios.

- (iv) En lo que concierne a los contratos especiales, entre otros, los Contratos de administración profesional de acciones se definen como aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato, pero además, en estos contratos puede encargarse también al fiduciario o mandatario de vender las acciones de las entidades públicas en las condiciones y por los procedimientos que el contrato indique y finalmente para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales: A los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.

En la Ley 190 de 1995 conocida como el Estatuto Anticorrupción, en su artículo 52 se prevé que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, "ni sus delegados", podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

La Ley 489 de 1998 mediante la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expidieron las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictaron otras disposiciones, en sus artículos 74, 88, 89, 90, 95, 102, 111, 113 y 116 establecen que de conformidad con el artículo 352 Superior:

- (i) Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.
- (ii) La dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente.

- (iii) La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por la disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la ley 489.
- (iv) Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: a). Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b). Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca; c). Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo; d). Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada; e). Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos.

Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos,

los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal. La Conferencia de Gobernadores, la Federación de Municipios, la Asociación de Alcaldes y las asociaciones de municipalidades se registrarán por sus actos de conformación y, en lo pertinente, por lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489.

Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto No.128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo 110, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación: 1) Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine: a. Las funciones específicas que encomendará a los particulares; b. Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas; c. Las condiciones del ejercicio de las funciones; d. La forma de remuneración, si fuera el caso. La duración del

encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas; 2) La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales. Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.

Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

Quienes participen a cualquier título, de manera permanente o transitoria, en las comisiones, comités o consejos a que se refiere la Ley 489, sin perjuicio de lo dispuesto sobre los miembros de las juntas o consejos de las entidades descentralizadas, responderán por su actuación en los mismos términos que la ley señala para los servidores públicos. Significa lo anterior que en materia disciplinaria son sujetos del Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002.

En la misma dirección, la Ley 617 de 2000, por la cual se reforman parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto No.1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional, en sus artículos 41, 48 y 49 modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007:

- (i) Adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, en cuanto a las incompatibilidades de los Concejales, así: "5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio".
- (ii) Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general; 2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso; 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; 4. Por

indebida destinación de dineros públicos; 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado; 6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor y la pérdida de la investidura será decretada por el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

- (iii) Los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales no podrán nombrar, ser miembros de juntas o concejos directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio. Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades

descentralizadas. Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento, distrito o municipio; ni contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente. Se exceptúan de lo previsto en este Artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa y las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este Artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, en materia disciplinaria, la Ley 734 de 2002, artículos 25, 39, 41, 45, 53 y 172 numerales 4, 5, 6 y 7 señalan:

- (i) Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de la Ley 734; así como los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a la Ley 734. Para los efectos de esta ley y en concordancia con

el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

- (ii) Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes: 1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:
 - a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales; 2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.
- (iii) Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

- (iv) Las sanciones se definen así: 1) La destitución e inhabilidad general implica: a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera; 2) La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo; 3) La multa es una sanción de carácter pecuniario y 4) La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida. Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.
- (v) Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares *que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Cuando se trate de personas

jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

- (vi) La sanción impuesta se hará efectiva por: 4. Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas. 5. El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales. 6. Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos y 7. La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

De otra parte, la Ley 996 de 2005 reglamentó la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia y con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, así como dictó otras disposiciones. En su artículo 38 numeral 4 la citada Ley 996, define lo que está prohibido a los servidores públicos, entre otras cosas, lo siguiente: 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto. La infracción de la anterior prohibición constituye **falta gravísima**.

También está prohibido, que los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, puedan celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular.

Igualmente, se puede apreciar como los artículos 1, 8 y 9 del Decreto Nacional No.128 de 1976, por el cual se dictó el Estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas, precisó:

- (i) Las normas del Decreto No.128, son aplicables a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los

Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos. Las expresiones "miembros de Juntas o Consejos", "Gerentes o Directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el Decreto No.128 se refieren a las personas y Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.

- (ii) Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de lo contrario, habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.
- (iii) Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán: 1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o gobiernos extranjeros; 2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo; 3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo y quien viole las disposiciones establecidas en el artículo 38, será destituido.

Ahora bien, el artículo 156 del Decreto Nacional No.1333 de 1986 mediante el cual se expidió el Código de Régimen Municipal, señaló que las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales.

En materia de Política Fiscal, la Resolución No.51 de 2002 expedida por el CONFIS y por la cual se delega en las Juntas Directivas de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la facultad de autorizar la asunción de compromisos con cargo a vigencias futuras, en sus artículos 1, 2, 3 y 5 se señala:

- (i) Delegar en las Juntas Directivas de las Empresas de servicios públicos domiciliarios de Bogotá, la facultad de autorizar a los representantes legales para que asuman compromisos con cargo al presupuesto de gastos de funcionamiento de vigencias futuras, cuando dichos compromisos sean financiados con recursos propios de la Empresa, hasta por un 20% para cada año futuro, del presupuesto de funcionamiento de la vigencia en la cual se concede la autorización y cuando el compromiso tenga un plazo máximo de (2) dos años contados a partir del año fiscal inmediatamente siguiente a aquel en que se autoriza la vigencia futura. Dichos compromisos deberán estar asociados a gastos de funcionamiento o gastos de operación comercial necesarios para la oportuna y adecuada prestación de los servicios a cargo de las Empresas.

- (ii) Delegar en las Juntas Directivas de las Empresas de servicios públicos domiciliarios de Bogotá, la facultad de autorizar a los representantes legales para que asuman compromisos con cargo al presupuesto de gastos de inversión de vigencias futuras, cuando dichos compromisos sean financiados con recursos propios de la Empresa o con recursos del crédito enmarcados en el Plan de Endeudamiento de la Empresa, hasta por un 30% para cada año futuro, del presupuesto de inversión de la vigencia en la cual se concede la autorización y cuando el compromiso tenga un plazo máximo de (2) dos años contados a partir del año fiscal inmediatamente siguiente a aquel en que se autoriza la vigencia futura. Dichos compromisos deberán estar asociados a inversiones enmarcadas en los Objetivos y Programas del Plan de Desarrollo Distrital.
- (iii) Las autorizaciones otorgadas por las Juntas Directivas para asumir compromisos con cargo a presupuestos de funcionamiento e inversión de vigencias futuras, se otorgarán en forma desagregada por rubros y/o proyectos de inversión, así como por un monto y tiempo determinados. En ningún caso los saldos de autorizaciones de vigencias futuras podrán ser utilizados para complementar otras autorizaciones otorgadas, ni ser utilizados en nuevos compromisos con cargo a presupuestos futuros y (iv) En ningún caso, las autorizaciones de vigencias futuras otorgadas por las Juntas Directivas en cada vigencia fiscal, podrán superar los porcentajes y plazos señalados en la Resolución No. 051, las autorizaciones que superen dichos porcentajes y plazos, serán otorgadas por el CONFIS. Los compromisos que asuman las Empresas por montos o plazos mayores a los autorizados, carecerán de toda validez y quienes lo hicieren se harán acreedores a las

sanciones a que hubiere lugar.

Como se puede apreciar este tipo de reglamentaciones es fundamental para la contratación estatal en la medida que fija una serie de parámetros y límites para la constitución de vigencias futuras que respalden los compromisos contractuales, particularmente cuando se trata de grandes proyectos de inversión económica con amplios impactos sociales.

En el ámbito territorial en los artículos 2 y 13 literal a) del Decreto Distrital No.714 de 1996, por el cual se compilan el Acuerdo 24 de 1995 y el Acuerdo 20 de 1996 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, se indica:

- (i) El Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital consta de dos (2) niveles: *Un primer nivel* que corresponde al Presupuesto Anual del Distrito Capital que comprende el Presupuesto del Concejo, la Contraloría, la Personería, la Administración Central Distrital y los Establecimientos Públicos Distritales que incluyen a los Entes Autónomos Universitarios. El Presupuesto General del Distrito incluirá el Presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local y el Presupuesto de las Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, del Distrito Capital. *Un segundo nivel*, que incluye la fijación de metas financieras del Sector Público Distrital y la distribución de los excedentes financieros de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito y de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga. A los Fondos de Desarrollo Local, Empresas Industriales y Comerciales del Distrito Capital,

de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, se les aplicarán las Normas y principios que sobre los mismos contenga el presente Estatuto. En lo demás se regirán por las regulaciones que expida el Gobierno Distrital, sus respectivas Juntas Directivas y el Consejo Distrital de Política Económica y Fiscal -CONFIS- (Acuerdo 24 de 1995 artículo 2).

- (ii) Los principios del Sistema Presupuestal del Distrito Capital se define de la siguiente forma: Legalidad. En el presupuesto de cada Vigencia Fiscal no podrán incluirse ingresos, contribuciones o impuesto que no figuren en el Presupuesto de Rentas, o gastos que no estén autorizados previamente por la Ley, los Acuerdos Distritales, la Resoluciones del CONFIS, o las Juntas Directivas de los establecimientos Públicos o las Providencias Judiciales debidamente ejecutoriadas, no podrán incluirse partidas que no correspondan a las propuestas por el Gobierno para atender el Funcionamiento de la Administración y el Servicio de la Deuda.

Y el Decreto Ley 1421 de 1993 o Estatuto Orgánico de Bogotá en sus artículos 55, 56, 57, 58, 107, 108, 143, 146, 164 y 176 numeral 2, de forma expresa y en el orden planteado indican:

- (i) En ejercicio de la atribución conferida en el artículo 38, ordinal 6o., el Alcalde Mayor distribuirá los negocios y asuntos, según su naturaleza y afinidades, entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas, con el propósito de asegurar la vigencia de los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas. Con tal fin podrá crear, suprimir, fusionar y reestructurar dependencias en las entidades

de la administración central, sin generar con ello nuevas obligaciones presupuestales. Esta última atribución, en el caso de las entidades descentralizadas, la ejercerán sus respectivas juntas directivas.

(ii) Las juntas directivas de las empresas distritales de servicios públicos domiciliarios estarán conformadas así: dos terceras partes de sus miembros serán designados libremente por el Alcalde Mayor y la otra tercera serán delegados de los usuarios y de organizaciones sociales, cívicas, gremiales o comunitarias, en la proporción que determina el Concejo Distrital de acuerdo con la ley. Los miembros de las juntas directivas de las demás entidades descentralizadas del Distrito serán designados libremente por el Alcalde Mayor. En todo caso también hará parte de las juntas el alcalde mayor, quien la presidirá o su delegado. En los actos de creación o en los estatutos orgánicos de las entidades se fijarán las responsabilidades y funciones de la junta directiva y el procedimiento para elegir o designar a los miembros de las mismas que no sean nombrados libremente por el alcalde. En ningún caso el concejo elegirá o designará miembros de las juntas directivas.

(iii) Los miembros de las juntas directivas están sujetos al régimen de inhabilidades, responsabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas nacionales. Los empleados públicos que tienen derecho a designar delegados suyos en las juntas directivas, sólo podrán hacerlo acreditando funcionarios del nivel directivo de la administración. Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas. Los particulares sólo podrán

formar parte de una de ellas.

- (iv) **Las juntas directivas no intervendrán en la tramitación ni en la adjudicación de los contratos de la entidad**, los representantes legales de las entidades serán responsables de la tramitación, adjudicación y ejecución de los contratos; (v) Para ser elegido contralor distrital se requieren las calidades exigidas por el artículo 272 de la Constitución Política. En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos. El contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades del Distrito cuando sea expresamente invitado con fines específicos.
- (v) No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los concejales que hubieren intervenido en la elección del contralor, ni al compañero o compañera permanente de los mismos ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo, constituye **causal de mala conducta**.
- (vi) En la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de las entidades descentralizadas se aplicarán, en lo que fueren pertinentes, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Presupuesto y en los artículos anteriores. Los presupuestos de las empresas industriales y comerciales serán aprobados por las respectivas juntas directivas y expedidos posteriormente por decreto del gobierno

distrital, previo concepto favorable de Consejo de Política Económica y Fiscal del Distrito. Las modificaciones de estos presupuestos tendrán el mismo trámite. Dichos presupuestos se adjuntarán como anexos al proyecto de presupuesto anual del Distrito para información del concejo. Si en razón de las disposiciones del presupuesto que se apruebe para el Distrito fuere necesario modificar el de las empresas industriales y comerciales, las respectivas juntas directivas harán los ajustes que fueron del caso durante el mes de diciembre.

- (vii) Las corporaciones públicas, las juntas directivas, las juntas administradoras y los organismos de control no podrán intervenir ni inmiscuirse en el proceso de selección de los contratistas ni en la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos. Tampoco podrán hacerlo sus miembros, representantes, delegados o voceros. Todo ello sin perjuicio de las funciones de examen, verificación, vigilancia y control que corresponden a esas corporaciones y organismos y a sus miembros y funcionarios.
- (viii) Con el fin de asegurar la vigencia efectiva de las disposiciones del Decreto Ley 1421 y de evitar las dificultades y litigios que puedan surgir de posibles vacíos normativos, adoptase las siguientes disposiciones transitorias: 2a. El Gobierno Distrital definirá por una sola vez la composición de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y la forma de designación de aquellos miembros cuyo nombramiento no corresponda al alcalde mayor.

También la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre lo relativo al ejercicio de funciones, competencias y prohibiciones para los miembros de las Juntas Directivas, entre otras, en las Sentencias C-82 de 1996 MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-380 de 1992 MP Dr. Hernando Herrera Vergara; C-484 de 1995 MP Dr. Fabio Morón Díaz y C-1258 de 2001 MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, en este último pronunciamiento, entre otras cosas, la Corte, en primer lugar, planteó el siguiente **problema jurídico**:

¿Es constitucional la prohibición legal a gobernadores y alcaldes para nombrar, ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado de la correspondiente entidad territorial y de juntas directivas de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio?.

Como el debate planteado gira alrededor de los principios de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales y de la facultad del legislador para establecer el régimen de incompatibilidades de alcaldes y gobernadores, los cuales son temas inherentes al tipo de Estado en Colombia, la revisión de constitucionalidad se efectuará desde estos postulados.

En segundo lugar, para dar respuesta al mismo, Consideró:

(i) Frente a la **norma acusada**:

Los apartes demandados del inciso primero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 contienen dos reglas de Derecho, a las cuales la Corte se referirá por separado: **una**, la prohibición a gobernadores y alcaldes para ejercer su potestad nominadora, y **dos**, la prohibición para que

estos mandatarios sean miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado de la respectiva entidad territorial y de juntas directivas de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

- (ii) Respecto de la designación de representantes del departamento, distrito o municipio en juntas y consejos directivos de entidades descentralizadas:

13. La norma demandada establece la prohibición de "nombrar" sin especificar los empleos o destinos involucrados en la restricción a la potestad nominadora que le asiste al gobernador o al alcalde. Sin embargo, una vez revisados los antecedentes y el contenido general de la Ley 617, entiende la Corte que tal prohibición se refiere a la designación de los representantes del departamento, distrito o municipio en "las juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado" de la correspondiente entidad territorial.

- (iii) La Corte, precisó el alcance de la norma demandada y procedió Al examen de constitucionalidad, así:

14. De un lado, el artículo 305-5 de la Constitución Política señala que corresponde al gobernador "Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos con agentes del gobernador".

En relación con esta norma, considera la Corte que el carácter de "agentes del gobernador" que tienen los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos, lleva

consigo la facultad de designación.

De otro lado, el artículo 315-3 de la Constitución señala que corresponde al alcalde "nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes".

Si bien el artículo 315 no es explícito en señalar que los representantes del municipio en juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas del orden local son agentes de los alcaldes, estima la Corte que debe darse el mismo tratamiento que el indicado en el artículo 305-5 en relación con el carácter de agentes del gobernador que tienen los representantes del departamento en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas allí indicadas. En consecuencia, los representantes del distrito o municipio en las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del orden distrital o municipal, serán igualmente agentes del alcalde distrital o municipal.

15. Así mismo, esta atribución de los mandatarios seccionales y locales constituye una manifestación del régimen democrático y participativo en la medida en que los gobernadores y alcaldes, encargados por la Constitución para dirigir la acción administrativa de las entidades territoriales, de las cuales hacen parte las entidades descentralizadas, deberán cumplir el mandato popular otorgado por los ciudadanos a través del voto programático. De ahí que el constituyente haya previsto que los representantes de la entidad territorial en las juntas o consejos directivos y los gerentes, directores o presidentes de las aludidas entidades descentralizadas, sean agentes del gobernador o del alcalde, como mecanismo de articulación, coordinación y dirección administrativa del departamento, distrito o municipio. Y, el carácter de

agentes del mandatario seccional o local, lleva consigo la facultad para designarlos.

En consecuencia, la Corte, señaló:

16. De acuerdo con las consideraciones expuestas, corresponde a los gobernadores y alcaldes designar a los representantes del departamento, distrito o municipio en las "juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio". Esta facultad de designación hace parte del reducto mínimo de la autonomía de las entidades territoriales, garantizado por la Constitución Política. En tales circunstancias, el legislador no puede alterarlo pues carece de competencia para prohibir a gobernadores y alcaldes la designación de directores, gerentes o presidentes de establecimientos públicos y de empresas industriales o comerciales del orden seccional o local y la de los representantes de la entidad territorial en la junta o consejo directivo de tales entidades descentralizadas.

Y termina señalando el máximo Tribunal de lo constitucional:

Por tal razón es inconstitucional la aludida prohibición. Sin embargo, como ella se extiende también a los miembros de las corporaciones públicas del orden territorial, se declarará la exequibilidad de la expresión "nombrar" del inciso primero del artículo 49 de la Ley 617, pero en el entendido que gobernadores y alcaldes distritales y municipales sí pueden nombrar a los representantes de los departamentos, distritos y municipios "en juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio".

(iv) **Gobernadores y alcaldes como miembros de juntas y consejos directivos de entidades descentralizadas:**

17. La norma demandada contiene igualmente la prohibición para alcaldes y gobernadores de "ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio y miembros de juntas directivas de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio".

18. La Constitución Política no contiene norma expresa que incluya o excluya al gobernador o al alcalde de estas juntas o consejos directivos, razón por la cual no puede afirmarse, como lo hace el actor, que la presencia de los mandatarios seccionales y locales en dichas juntas o consejos hace parte del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales. Por el contrario, corresponde al legislador reglamentar esta materia, en aplicación del principio de la libertad de configuración y del mandato dado en el artículo 287 de la Carta Política para señalar los límites de la autonomía de las entidades territoriales.

Adicionalmente, la norma acusada contiene una medida razonable y proporcionada pues con ella se introducen limitaciones válidas con el fin de propender por la transparencia y la buena marcha de la administración de las entidades territoriales y que el gobernador o el alcalde no dispongan de facultades omnímodas en el manejo de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, lo cual no excluye que a través de sus agentes cumpla su papel de dirección de la administración departamental, Distrital o municipal.

Advierte, además la Corte:

Es más, gobernadores y alcaldes disponen de mecanismos constitucionales, legales y administrativos de articulación y coordinación con las entidades descentralizadas, para lograr los fines y objetivos institucionales, los cuales sustituyen, con eficacia, la presencia personal del mandatario. Por ejemplo, los representantes del departamento, distrito o municipio en las correspondientes juntas o consejos directivos, son agentes del gobernador y del alcalde; el gerente, director o presidente de la entidad descentralizada es de su libre nombramiento y remoción; los planes de desarrollo territoriales involucran igualmente a las entidades descentralizadas, y la adscripción o vinculación de la entidad descentralizada a una secretaría o departamento administrativo permite el ejercicio del control de tutela de éstos sobre aquellas.

Y de nuevo como en tantas oportunidades la Corte, destaca las funciones que corresponden al poder legislativo, acude a su propio precedente y señala que el único límite que se impone al legislador esta dado por los precisos términos de la Carta Política, esto es, que el Congreso de la República, en el amplio margen de configuración como legislador primario, goza de plena libertad para fijar el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de determinados cargos públicos, el tiempo de vigencia de sus causales y las limitaciones y prohibiciones impuestas con ocasión de los hechos y situaciones que dan lugar a ellas, por ejemplo, en materias como la de la contratación estatal o el régimen para la elección y el ejercicio de la función de alcalde, gobernador, concejal o diputado, todo ello en aras de la

preservación del interés general como finalidad constitucional del Estado, es más, de cierta forma concreta de Estado, es decir, el Estado Social de Derecho (artículo 1 CP) y el cumplimiento eficiente de sus funciones y competencias a través de la estricta observancia de los principios Superiores y rectores de la función pública que prevé el texto Constitucional en su artículo 209, o sea, los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad:

19. Además, de acuerdo con lo señalado en los artículos 293 y 303 de la Constitución, corresponde al legislador establecer el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de alcaldes y gobernadores y, como se aprecia, este aspecto de la norma acusada contiene una incompatibilidad para los mandatarios seccionales y locales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido al amplio margen de actuación que tiene el legislador para señalar el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios de elección popular en el orden territorial. En la sentencia C-1412 de 2000, M.P. Martha SÁCHICA Méndez, resumió las decisiones de esta Corporación en la materia. Allí expresó:

En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que de conformidad con los artículos 150-23 y 293 de la Constitución Política, el Legislador goza de una amplia discrecionalidad para definir el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios de elección popular de las entidades territoriales. (...)

En virtud de las normas constitucionales mencionadas, la Corte ha reconocido que los únicos límites del Legislador para determinar los regímenes de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos mencionados, son los parámetros establecidos de manera explícita por la misma Constitución. Por lo demás, el legislador tiene completa libertad

para analizar y definir los hechos y las situaciones que constituyen inhabilidad o incompatibilidad para ejercer determinado cargo, así como el tiempo de vigencia de tales causales.

En este sentido, esta Corporación ha reconocido de manera constante, que el Legislador, por expreso mandato constitucional, dispone de *"plena libertad, independencia y autonomía para determinar los parámetros, criterios y reglas a seguir en cuanto a la definición de alguna de las materias que le corresponde reglamentar, como es el caso del régimen para la elección y el ejercicio de la función de alcalde, gobernador, concejal o diputado."* Igualmente ha indicado que cuando el Congreso ejerce dicha atribución, limitando o reglamentando el acceso a los citados cargos, no se ve afectado el derecho a la participación política, pues se trata, simplemente, de la fijación de límites razonables a la participación, en aras de proteger el interés general. Lo anterior, se entiende en razón de que las personas elegidas para desempeñar un cargo público deben pretender la satisfacción de los intereses de la comunidad y, para tal fin, se debe asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209). (...)

En consecuencia, la primera conclusión se estructura en el siguiente sentido:

En suma, dado que el legislador goza de un amplio margen de libertad para prever los requisitos y causales de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia ha señalado que, en estos casos, no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad.

20. De acuerdo con los principios constitucionales señalados y la jurisprudencia de esta Corporación, el legislador sí está facultado para permitir o prohibir la participación de alcaldes y

gobernadores como miembros de *"juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio o de juntas directivas de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio"*.

La segunda conclusión, conduce a señalar:

En síntesis, la regla de Derecho que contiene la norma acusada no implica una modificación injustificada ni desproporcionada de los vínculos jurídicos ni administrativos existentes entre los sectores central y descentralizado en las entidades territoriales ni el abandono de las funciones de dirección, planeación, coordinación y control que corresponden a los gobernadores y alcaldes frente a la gestión del departamento, distrito o municipio. Entonces, por tratarse de un asunto que pertenece a la órbita de configuración legislativa, se declarará la exequibilidad de la norma acusada.

Finalmente, la Corte Constitucional, atendiendo lo expuesto en su *ratio decidendi* o sus razones para decidir, sus Consideraciones o fundamentos jurídicos, **RESUELVE:**

Declarar exequibles los apartes acusados del inciso primero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, excepto la expresión "nombrar" cuya exequibilidad se condiciona en el entendido que gobernadores y alcaldes distritales y municipales sí pueden nombrar a los representantes de los departamentos, distritos y municipios "en juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio".

Pero además, desde las fuentes formales del Derecho hasta la proposición y posturas jurídicas que se reflejan en los conceptos de la Administración se han hecho pronunciamientos que van en dirección a cumplir los dispositivos Constitucionales y Legales. Como ejemplo de ello, se pueden citar aquellos pronunciamientos que han sido expedidos por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, entre ellos, los Conceptos No.1405 de 1993; 02; 075 de 2004 y 084 de 2005.

Y la Unidad de Estudios y Conceptos de la Alcaldía de Bogotá se ha pronunciado en varias oportunidades mediante Conceptos, entre otros, los No.35209 de 2001; 11290 de 2001 y 057 de 2003.

Pero hay otros instrumentos jurídicos de carácter administrativo que desarrollan el asunto, valga mencionar, la Directiva No.06 de 2005 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

1.2 Responsabilidad Disciplinaria del servidor público en los casos de delegación, desconcentración y descentralización administrativa.

La centralización y la descentralización administrativa como instituto jurídico es el género, la delegación y desconcentración de funciones son la especie. Estas instituciones se rigen por el Derecho Público Constitucional y por el Derecho Administrativo, tema que tiene en Colombia un importante desarrollo legal y doctrinal, sin perjuicio de los grandes debates y discusiones académicas que se suscitan, en tanto su regulación proviene de realidades y contextos foráneos.

Claramente anuncian los predicados Superiores del artículo 209 de la Carta Política, que 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, pero además, que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Es decir, desde estos presupuestos ha venido avanzando el proceso descentralizador desde la expedición de la Constitución Política de 1991, pero que en normas preconstitucionales o de la Carta y Reformas del texto de 1886 ya se habían planteado.

Señala el Profesor JAIME VIDAL PERDOMO:

El estudio de la administración pública en Colombia y la incidencia que pueda tener en el funcionamiento del Estado depende, en buena parte, de las reformas que se hicieron en la segunda mitad del siglo XX y cuyo efecto aún se prolonga. El período así designado, debe partir de reformas que se hicieron al comienzo de ese trecho para una actualización de la administración central y la puesta en marcha de mecanismos de planeación económica, presupuesto, gestión pública, procedimientos de la actividad administrativa y reorganización de las estructuras gubernamentales, así como de procesos específicos que, enmarcados bien por la expedición de normas constitucionales y normas legales permiten un estudio por ciclos históricos y muestran la evolución en la materia hasta la legislación que se ha dictado al comienzo de este siglo y sobre la cual reposa la estructura y el funcionamiento administrativos del aparato gubernamental colombiano.

El estudio en mención, plantea lo que precedió a las grandes reformas constitucionales del Siglo XX y con ellos las reformas de la administración pública en Colombia, entre ellos, se cuenta con el Informe de la Misión dirigida por Lauchlin Currie; de la Ley 19 de 1958 o Ley sobre Reforma Administrativa; el Frente Nacional y la Reforma Administrativa; el Decreto No. 550 de 1960 por el que se adoptaron normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos; la Teoría de la Administración Pública y las Reformas Constitucional y Administrativa de 1968; el aporte de los Decretos No.1050 y 3130 de 1968 mediante los cuales se dictaron normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional y mediante el cual se dictó el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, que son referentes obligados de las reformas administrativas con ánimo descentralizador en Colombia y que posteriormente el artículo 121 de la Ley 489 de 1998 derogaría.

Ahora bien, cabe anotar que en el concierto universal del ejercicio de la función pública se derivan responsabilidades y consecuencias jurídicas cuando los servidores públicos incumplen los deberes previstos en la Constitución y la ley, para lo cual las previsiones de orden sustancial y procesal se encuentran previstas en el campo del Derecho Disciplinario, hoy disposiciones constitucionales y Estatuto Disciplinario Único –Ley 734 de 2002-, básicamente.

1.2.1 Noción de Descentralización, Delegación y Desconcentración de funciones.

Para comprender el alcance de estos institutos jurídico-administrativos que tocan con la organización del Estado y el ejercicio de funciones en el aparato público, es necesario acudir a las definiciones normativas que regulan la materia, esto es, la Constitución Política; la Ley 489 de 1998 ya citada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.2.1.1 La Descentralización.

Sea lo primero señalar que los artículos 1 y 288 Superiores, así como el artículo 7 de la Ley 489 de 1998 literalmente, expresan como principio rector de carácter superior que

- (i) Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
- (ii) La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

- (iii) En todo proceso de descentralización administrativa el Gobierno en acatamiento de los postulados constitucionales y legales que rigen la materia, debe ser especialmente cuidadoso de cumplir con los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. Por lo tanto, debe procurar el desarrollo de disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. Igualmente al interior de las entidades nacionales descentralizadas el gobierno debe velar porque se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función.

La Corte Constitucional, al realizar control de constitucionalidad a varias normas de la Ley 549 de 1999 y referirse a la cláusula del Estado Unitario, el principio de descentralización administrativa en el Estado Social de Derecho y la competencia de las entidades territoriales, con toda precisión indicó:

La Corte parte de la premisa constitucional, según la cual, la ley 549 de 1999 constituye un desarrollo técnico de los artículos constitucionales que gobiernan los principios de la

descentralización administrativa dentro de un Estado Social de Derecho, vale decir, donde las competencias de los distintos entes territoriales en un Estado Unitario, son ejercidas bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario.

Pero además, en lo atinente al alcance del principio de coordinación, concurrencia y subsidiaridad de las entidades territoriales, la Corte en la misma Providencia C-702, destacó:

Ha precisado esta Corporación, que el **principio de coordinación** no puede identificarse con el de control de tutela, que es la única forma en que en un Estado Democrático se logran conciliar intereses diversos, así como la mejor manera de ponderar aquellas dificultades que generen enfrentamientos o choques de competencias. Igualmente, debe insistir la Corporación, que el **principio de concurrencia** invoca un proceso de participación entre las entidades autónomas, ya que la concurrencia no puede significar imposición de hecho ni de derecho, en el ejercicio de las competencias para la concreción de los intereses respectivos. Con respecto al **principio de subsidiaridad**, esta Corporación señaló la posibilidad de que las entidades territoriales, y únicamente para el evento de no poder ejercer determinadas funciones en forma independiente, pueden apelar a niveles superiores (el departamento o la Nación), para que éstas le colaboren en el ejercicio de sus competencias, pues, repárese que los intereses nacionales y los intereses de las entidades territoriales, deben ser siempre articulables y complementarios y no enfrentados, pues si ello fuese así se desmembraría la unidad de la República en términos jurídicos, políticos, físicos o económicos, en virtud del entrecruzamiento de competencias,

pues, la Carta precisamente evita la indefinición y la contradicción de poderes a través del diseño de un sistema unitario pero descentralizado, en donde los principios de concurrencia, subsidiaridad y coordinación, juegan un papel fundamental, para la interpretación de leyes que se caracterizan por la interconexión de atribuciones entre entidades territoriales con competencias propias (la negrilla por fuera del texto original).

En cuanto a la concepción de democrática y descentralizada en la Constitución de 1991 y el significado de la autonomía que corresponde a las entidades territoriales la Corte, en el mismo fallo mencionado, puntualizó:

Es indiscutible que la Constitución de 1991 realizó fundamentales cambios que responden a **una concepción más democrática y descentralizada**, orientada al perfeccionamiento de la autonomía de las entidades territoriales, a fin de lograr una mayor eficiencia en el funcionamiento del Estado. En este sentido, debe recordar la Corte que así como paralelamente a la consagración de la elección popular de alcaldes adoptada en la reforma constitucional de 1986, se amplió en la de 1991 el período de los alcaldes, se consolidó la elección popular de gobernadores, se fijaron los mecanismos locales de participación ciudadana, se incrementaron las transferencias hacia municipios, distritos y departamentos, modificándose los criterios para su distribución, se ampliaron los distintos tipos de entidades territoriales, se consignaron algunas innovaciones en lo concerniente a los planes de desarrollo y al régimen de la planeación, derivadas de un enfoque integral que se apoya en la consideración básica de la **finalidad del Estado social de derecho como República unitaria, que avanza hacia un esquema institucional, con formas de participación más democráticas** (negrilla por fuera del texto original).

Ahora bien, hay un asunto crucial en materia administrativa y de organización del Estado y es lo atinente al significado de lo que es la descentralización administrativa, la delegación y desconcentración administrativa o de funciones. Estas se ubican en el sentido de precisar que la *descentralización administrativa* se da en virtud de un mandato legal expedido por el Congreso de la República o por el legislador extraordinario, mientras que la *delegación de funciones* surge en virtud de la expedición de un acto administrativo por parte del titular de la competencia, esto es, una decisión de la administración en sentido específico que consiste en que el servidor público por autorización de la ley desplaza la competencia en un servidor público del nivel directivo, pero de inferior categoría; mientras que la *desconcentración de funciones* se da a partir de un mandato legal o reglamentario, es decir, la ley lo autoriza y el reglamento establece qué funciones, durante qué término, en qué circunstancias de tiempo modo y lugar se ejerce la competencia y que funcionario, con la finalidad de descongestionar el Despacho del servidor público desconcentrado, para que el servidor desconcentrado por razones de diligencias y oportunidad en el trámite de los asuntos los adelante y los tramite.

La doctrina Colombiana, ha hecho expresa referencia a la evolución histórica de la figura descentralizadora, como expresión que surge de los propios textos constitucionales, así:

La descentralización administrativa tiene una primera expresión territorial que da lugar a la República Unitaria. Colombia pasó de la Constitución Federal de Rionegro de los Estados Unidos de Colombia de 1863 a la Constitución centralista de 1886, en que las divisiones territoriales y sus habitantes solo recibieron funciones administrativas, dado que las políticas se concentraron en los órganos centrales del Estado. Sin embargo son aspectos políticos de la descentralización administrativa la mayor participación que se otorga a los habitantes de la

periferia para elegir mayor número de funcionarios seccionales y locales y de este modo influir en mayor medida en la decisión de los asuntos de este orden.

Al modelo de organización territorial del Estado y que se manifiesta en la Constitución de 1991, ha venido a sumarse la teoría de la descentralización por servicios, en la que una entidad y un grupo de funcionarios se especializa en el cumplimiento de determinadas funciones y en la prestación de determinados servicios.

En lo que tiene que ver con la expresión de la voluntad del constituyente primario que dio origen a la Carta Política de 1991, en el Título I de los Principios Fundamentales, artículo 1 se consagró a Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, pero además esta disposición tiene el carácter de principio rector que irradia todo el ordenamiento jurídico y se integra a lo dispuesto en el Título VII *De la Rama Ejecutiva*, Capítulo 5. *De la Función Administrativa*, artículo 209 Superior, cuando señala que 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.

En materia contractual, la Ley 80 de 1993 en el artículo 1 numeral 3 denominó que son servicios públicos; en el artículo 2 numeral 1, literal a) hace referencia a la denominación de las entidades estatales; en el artículo 3 estableció los fines de la contratación estatal y el artículo 12 se refiere a la delegación y desconcentración en materia contractual, en los siguientes términos:

- (i) Se denominan *servicios públicos* aquellos que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.
- (ii) Entre otras, se denominan *entidades estatales*: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como **las entidades descentralizadas indirectas** y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
- (iii) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

- (iv) 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 en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, pero además, *en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual en todo caso*, para los efectos de la Ley 80, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

En suma, con base en las normas, tesis enunciadas y de cara a la importancia de la descentralización administrativa como mecanismo constitucional propio de un Estado Social de Derecho y de ejercicio de la función pública, la doctrina define dos conceptos básicos:

Descentralización territorial, es el conjunto de relaciones políticas, jurídicas, administrativas y económicas existentes entre las autoridades centralizadas nacionales y las entidades territoriales.

Descentralización por servicios es el conjunto de relaciones jurídicas, administrativas y financieras que se presenta entre el sector central, nacional o territorial, y sus respectivos institutos descentralizados.

Primero surge la descentralización territorial y luego surge la descentralización por servicios.

Así, tanto la descentralización territorial como la descentralización por servicios necesitan de su opuesto, la centralización, para poder existir. Cuando el proceso consiste en el traspaso de autoridad, funciones y recursos de los organismos y entidades centralizadas hacia entidades descentralizadas, se denomina proceso de descentralización; si el proceso es a la inversa, se denomina proceso de centralización.

Frente a esta figura ha dicho la Corte:

La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas.

De otro lado, el Consejo de Estado ha considerado que:

La descentralización administrativa consiste en el otorgamiento de funciones o competencias administrativas a autoridades diferentes del poder central, las cuales actúan con autonomía, bajo su propia responsabilidad y en relación no jerárquica con la cúspide de la organización estatal nacional.

Pero veamos, enseguida, las figuras de la delegación y desconcentración de funciones.

1.2.1.2 Delegación de funciones.

Como se ha indicado de manera reiterativa, la Constitución Política en su artículo 209, integra tres elementos esenciales de la función pública:

- (i) Está al servicio de los intereses generales.
- (ii) Se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- (iii) El mecanismo idóneo para el logro de (i) y (ii) es mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

De otra parte, los artículos 150 numeral 19 literal f); 108 inciso 3; 196 inciso 4; 202 inciso 6; 249 inciso 1; 250 inciso 2; 301; 302; 305 numeral 13 y 14; 318 inciso 2 numeral 5; 321 inciso 2 y 211 Superiores, hacen expresa referencia a la delegación de funciones y sus límites, es decir, lo que la Constitución Política prevé se puede o no se puede delegar:

- (i) Entre las funciones que la Constitución asigna al Congreso de la República está la de expedir las leyes y por medio de ellas ejerce una serie de funciones, entre las que está dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos tales como el de regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Estas funciones en lo pertinente a

prestaciones sociales son *indelegables* en las Corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

- (ii) Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él *delegue*.
- (iii) Cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal, ejercerá bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le *delegue*, tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno. El Ministro *Delegatario* pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente.
- (iv) El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro *Delegatario*.
- (v) La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los Fiscales *Delegados* y los demás funcionarios que determine la ley, pero además el Fiscal General de la Nación y sus *Delegados* tienen competencia en todo el territorio nacional.
- (vi) La ley señalará los casos en los cuales las asambleas podrán *delegar* en los Concejos Municipales las funciones que ella misma determine. En cualquier momento, las

Asambleas podrán reasumir el ejercicio de las funciones delegadas.

- (vii) La ley podrá establecer para uno o varios Departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución, en atención a la necesidad de mejorar la administración o la prestación de los servicios públicos de acuerdo con su población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas.
- (viii) La Constitución Política precisa las atribuciones del Gobernador como primera autoridad administrativa del Departamento y le encomienda entre otras funciones dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la *delegación* que le confiera el Presidente de la República y además ejercer las funciones administrativas que le *delegue* el Presidente de la República.
- (ix) En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley y tendrá, entre otras, funciones como el ejercicio de las funciones que les *deleguen* el Concejo y otras autoridades locales, además, las Asambleas Departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.
- (x) Corresponde a la Ley dictar el Estatuto básico y fijará el régimen administrativo de las provincias que podrán organizarse para el cumplimiento de las funciones que les *deleguen*

entidades nacionales o departamentales y que les asignen la ley y los municipios que las integran.

Por último, el artículo 211 Superior, también establece varios mecanismos de ese proceso de delegación de funciones, señalando:

- (i) La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá **delegar** en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.
- (ii) También fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.
- (iii) La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente y finalmente (iv) que la ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

De otra parte, en los artículos 9; 10; 11; 12; 13 y 14 de la Ley 489 de 1998, en materia de delegación se previó lo siguiente:

- (i) Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y

de conformidad con la Ley 489, podrán: (a) Mediante *acto de delegación*, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias y sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas; (b) En todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa *podrán delegar* la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la Ley 489 y (c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

- (ii) En cuanto a los requisitos de la delegación, señala la Ley 489 que en el acto de delegación, que tiene por característica particular que siempre sea escrito, se determinará la *autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos* cuya atención y decisión se transfieren y que el Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.
- (iii) En cuanto a las funciones que no se pueden delegar, advierte la Ley 489 que sin

perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: (1) La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley; (2) Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación y (3) Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

- (iv) Respecto del régimen de los actos del delegatario, determinó el legislador: (a) Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas; (b) La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al 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 del Código Contencioso Administrativo y (c) En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

- (v) En lo relativo a la delegación, la Ley 489 de 1998, dispuso que el Presidente de la República en ejercicio de las funciones presidenciales, señaló que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores,

alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política, esto es, en su orden: (a); (b); (c); (d); (e); (f); (g) .

- (vi) La ley 489 también se ocupó de lo atinente a la delegación entre entidades públicas, al regular varios aspectos, así: (a) La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria; (b) En el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas; **dichos convenios deben sujetarse a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos** y (c) Cuando la delegación de funciones o servicios por parte de una entidad nacional recaiga en entidades territoriales, ella procederá sin requisitos adicionales, si tales funciones o servicios son complementarios a las competencias ya atribuidas a las mismas en las disposiciones legales. Si por el contrario, se trata de asumir funciones y servicios que no sean de su competencia, deberán reverse los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada.

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha desarrollado y definido la figura de delegación en varios de sus fallos, como veremos a continuación. Para la Corte Constitucional:

La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.

La delegación es un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado (CP, arts. 2 y 209) .

Por ello, las restricciones impuestas a la delegación tienen una doble finalidad: de un lado, evitar la concentración de poder en una autoridad y preservar “*la separación de funciones como uno de los principios medulares del Estado... como una garantía institucional para el correcto funcionamiento del aparato estatal*”, y de otro lado, evitar que se desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas.”

Como un aporte importante a esta figura administrativa, la Corte Constitucional, estableció los parámetros y la posibilidad que tiene la administración de delegar funciones en particulares, señalando así que la delegación de funciones administrativas a particulares se puede encauzar a través de tres vías diferenciadas:

La *primera vía*, a través de “la atribución directa por la ley de funciones administrativas a una

organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.”

La *segunda vía*, consiste en la “previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad realizado por la Corte.”

Por último, *la tercera vía*, indica que la delegación de funciones públicas también puede producirse a través de la constitución de órganos en que concurren autoridades públicas y particulares, en especial las asociaciones y fundaciones de participación mixta.”

Pero además, connotados doctrinantes señalan que la delegación es “(...) apenas una atenuación de la centralización, pues por intermedio de ella, las autoridades conservan el monopolio de su poder” o “La delegación es el proceso administrativo a través del cual el titular de un empleo, previa autorización expresa para delegar dada por la autoridad que le

asignó la función al cargo, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a otro empleado, normalmente subordinado, para que tome decisiones en una o varias de las funciones de su empleo. El empleado que realiza la delegación se denomina *delegante* y el que la recibe *delegatario*.”

En suma, la *delegación* consiste en la entrega de funciones de un superior a un inferior que debe ser de un rango o nivel especial (nivel directivo o ejecutivo para el caso de la contratación estatal), delegando funciones que solo sean complementarias o afines con relación al cargo, tomando decisiones autónomamente, lo cual la diferencia de la figura de la desconcentración como se verá más adelante.

Para el profesor JAIME VIDAL PERDOMO, uno de los doctrinantes nacionales más importantes en materia administrativa:

La delegación se contempla por el artículo 9 de la ley (Ley 489/98) como la transferencia por acto de funciones de una autoridad a sus colaboradores o a otras, con funciones afines o complementarias. O sea, los propósitos mismos de la desconcentración y a veces de la descentralización; pero es una noción que mira más al instrumento que al resultado, que ya está delimitado en las dos alternativas planteadas.

“...”

En la delegación cuya pieza maestra es el artículo 211 de la Constitución, se autoriza a una persona – en el caso el Presidente de la República- a delegar, por lo cual después de la facultad que concede la ley el destinatario dicta el decreto que transfiere las funciones: esto último depende de su criterio, puesto que las funciones han sido puestas de manera originaria bajo su

responsabilidad, pero él puede quedar autorizado legalmente para desprenderse de ellas.” (Paréntesis fuera del texto).

En nuestro Estatuto Contractual, Ley 80 de 1993 se establece en el artículo 12 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.” Y en la Ley 1150 de 2007 que crea un inciso 2° y un párrafo a este artículo, se estipula por el primero de ellos que: “En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.” Inciso que fue declarado condicionalmente exequible a la luz de lo establecido en el artículo 211 de la Constitución por parte de la Corte Constitucional, en el entendido que:

- a. El artículo 211 de la Constitución no puede ser interpretado el sentido según el cual la delegación exime absolutamente de responsabilidad al delegante. Esta interpretación proviene de una lectura aislada y descontextualizada de dicha disposición superior, que es descartada por la Corte.
- b. Tampoco se deriva de su texto que la delegación signifique que delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario. Esta interpretación desconoce el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos.
- c. Además del artículo 211 superior, existen en el texto de la Carta otras normas

constitucionales “que imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular”, contenidas especialmente en los artículos 1º, 2º, 6º, 123, 124 y 209 superiores.

d. Una lectura sistemática de estas normas constitucionales, junto con lo prescrito en el artículo 211 de la Carta, lleva a concluir que la delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario, que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones.”(Negrilla fuera del texto).

Es por ello que esta sentencia declara este inciso condicionalmente exequible en el entendido según el cual, “el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.”

Por otra parte, el párrafo del Artículo 12 de la Ley 489 de 1998 estableció que “En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.”

No es para nada desacertada la posición del legislador en este caso por cuanto “El legislador pretendió evitar que funcionarios públicos eludieran su responsabilidad en las actuaciones precontractuales mediante la delegación para la firma del contrato. Es claro que cada servidor público será responsable de la legalidad de sus actuaciones, y que la delegación no es un

instrumento para evadir responsabilidades”.

Si bien es acertada la anterior posición, no es menos cierto que el delegatario posee responsabilidad en su actuar, puesto que el delegante le da una instrucción precisa a aquel para que la ejecute y el funcionario debe actuar con prudencia y diligencia, revisando la documentación correspondiente, para proceder a su posterior aprobación plasmando su firma en el documento (En el entendido que el servidor público en este caso posee de suyo unos deberes preestablecidos, en la Constitución, el Código Disciplinario, etc., por el solo hecho de ser servidor de la Administración), sino debe abstenerse de firmar. Situación diferente sería que se logre demostrar que el delegatario actuó coaccionado, inducido en error, etc., es por ello que consideramos que la responsabilidad del delegante es una cuestión probatoria, incluso en este caso.

Pero veamos, enseguida la siguiente clasificación, que por razones metodológicas y de comprensión jurídica resultan importante tener en cuenta, así:

- (i) *Los Delegatarios Contractuales.* La Ley señala a su vez quienes pueden ser delegatarios. “La delegación no puede recaer en todos los funcionarios de la entidad. La ley 489 establece los requisitos generales que debe cumplir el delegatario: ser “colaborador” del delegante y ejercer un empleo de los “niveles directivo y asesor” “con funciones afines o complementarias” al objeto de la delegación (art. 9º). Téngase en cuenta para el caso de la contratación estatal los servidores públicos delegatarios tiene que ser del nivel directivo y ejecutivo por disposición expresa del

artículo 12 de la Ley 80 de 1993, y no del nivel asesor como lo señala el artículo 9 de la ley 489 de 1998, que aplica para otro tipo de delegaciones diferentes a las especiales de contratación estatal.

Los partidarios de esta limitación legal consideran que, al restringir que la delegación se otorgue sólo a funcionarios de los niveles jerárquicos superiores, se busca preservar la jerarquía al interior de la administración pública en cuanto no es coherente que la delegación recayera en un funcionario de tercer o cuarto nivel para que tomara decisiones del primer nivel, las cuales deberían ser obedecidas por los superiores jerárquicos del eventual delegatario.

Los detractores de la restricción jerárquica para ser delegatarios consideran que la delegación bien puede recaer en funcionarios de otros niveles, con lo cual el cumplimiento de ciertas tareas eminentemente operativas, que le correspondan a las autoridades, bien podrían ser desarrolladas por el nivel técnico o asistencial, sin que con esto se afecte la línea de mando o jerarquía al interior de la entidad.

Este aparte del artículo 9° de la Ley 489, donde señala que la delegación podrá recaer en funcionarios de los niveles directivo y asesor, fue demandado por considerar, a juicio del demandante, que es una disposición *“discriminatoria, por cuanto, desconoce que existen otros niveles en la administración, tales como, el ejecutivo, el profesional, el administrativo, poniendo en tela de juicio la capacidad de los servidores públicos, de asumir las funciones que les pueda delegar el superior.”*

La Corte Constitucional declaró exequible esta disposición en la sentencia C- 561-99 y su decisión se basó en los siguientes argumentos:

No comparte esta Corporación, la acusación endilgada por el demandante al artículo noveno en cuestión. El artículo 211 de la Constitución Política, señala que la ley fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades; es decir, al órgano legislativo, le corresponde dentro del ámbito de sus funciones y, en el marco que le fija la Constitución, señalar las condiciones a las cuales se sujetará ese acto de delegación, y, además, señalar de manera expresa, en quiénes podrá recaer, es decir, cuáles serán los funcionarios destinatarios de tal delegación.

Entonces, considera la Corte, que el artículo demandado no hace otra cosa que desarrollar la norma constitucional mencionada, al señalar los empleados en los cuales puede recaer el acto de delegación.

“...”

No es de recibo, por tanto, la interpretación que de la norma hace el actor, ni sus argumentos, por cuanto, no se puede predicar que el acto de delegación de las autoridades administrativas presente una discriminación respecto de los demás servidores públicos de los niveles ejecutivo, profesional, administrativo, etc., ya que, dichos servidores públicos también colaboran en la medida de sus competencias, en el desarrollo y ejecución de las funciones que les son propias a las entidades, pero como se dijo, la delicada naturaleza de las funciones que desarrollan estos organismos, hacen que el acto de delegación en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor sea razonable y carente por completo de vicio alguno de inconstitucionalidad.”(Puntos suspensivos fuera del texto).

- (ii) *La delegación parcial de carácter contractual.* “Los representantes legales de las entidades tienen la facultad de delegar, total o parcialmente, la competencia para celebrar contratos en los servidores públicos que desempeñen cargos al nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes (art. 12 E.C., ley 80/93). La delegación implica que el delegatario acometerá totalmente los trámites previos al contrato y los propios de su perfeccionamiento, ejecución y liquidación si es el caso. La delegación puede ser total o parcial. “...”. En la segunda, la competencia se asigna para alguna clase de contratos en particular, para unos trámites especiales establecidos o hasta una cuantía determinada.”
- (iii) *La delegación parcial en razón a la cuantía del contrato.* En este tipo de delegación el delegante tiene la posibilidad de delegar los contratos que no superen cierto monto o suma de dinero, fijando un tope máximo que será responsabilidad del delegatario (sin perjuicio de las funciones de vigilancia, coordinación y control del delegante).

Verbigracia se podría establecer: Siempre serán objeto de delegación, mediante acto administrativo motivado, la celebración de los contratos que no superen los 800 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los contratos que superen dicho monto no se delegarán y su celebración será responsabilidad exclusiva del representante legal de la Entidad.

- (iv) *La delegación parcial en razón a la fase del contrato.* En este tipo de delegación ya sin tener en cuenta o hacer referencia a la cuantía del contrato, se podría delegar parcialmente uno de los múltiples procedimientos que se surten dentro de una las fases del contrato, bien

sea en su etapa precontractual, contractual o postcontractual, teniendo en cuenta por su puesto la modalidad por la cual se va a contratar según el caso.

Como un ejemplo podríamos tomar el caso en que fueran delegados dentro de la etapa precontractual, en la licitación pública, el procedimiento de Estudios previos, el cual se compone de:

- Objeto del contrato
- Necesidad que voy a satisfacer con la celebración del contrato
- Los fundamentos jurídicos que dan lugar a la celebración del contrato.
- El valor estimado del contrato con los soportes respectivos
- Justificación de los factores de selección
- Tipificación y estimación de los riesgos
- Las garantías que se van a exigir.

En este caso no se está delegando toda la fase o etapa precontractual pero si una parte de ella, como lo son los estudios previos.

(v) *La delegación contractual total.* En esta forma de delegación podemos establecer que el delegatario asumirá la competencia para celebrar la totalidad de los contratos de la respectiva entidad estatal, la cual puede ser en contraposición a lo que explicamos anteriormente, total en cuanto a la cuantía del contrato o total en cuanto a la fase del contrato.

a. *La delegación total en cuanto a la fase del contrato.* En esta modalidad de delegación ya no hablamos de una delegación parcial, como lo explicamos anteriormente, sino a una delegación total que puede surgir dentro de una de las fases del contrato estatal, bien sea en su etapa precontractual, contractual o poscontractual.

En este caso, ya estaríamos haciendo referencia a la delegación total de por ejemplo la etapa precontractual en la licitación pública, de la cual hablábamos anteriormente, pero en la totalidad de la fase, que para el caso en concreto comprendería:

-Estudios Previos.

-Proyecto de pliego de condiciones.

-Las observaciones.

-El estudio y respuesta a las observaciones.

-Acto administrativo de Apertura.

-Publicaciones y avisos.

-Publicación del pliego de condiciones definitivo.

-Audiencia de aclaración de pliegos.

-Cierre de la licitación.

-Evaluación.

-Publicación de las evaluaciones.

-Observaciones a la evaluación.

-Audiencia pública de adjudicación.

- b. *La delegación total en cuanto a la cuantía del contrato.* Para esta clase de delegación contractual hablamos que el delegante hace entrega de determinadas funciones sin establecer un tope mínimo o máximo en cuanto a la cuantía del contrato. Aquí no se limita la delegación de los contratos en cuanto a su monto o valor, pues serían delegados todos los contratos en virtud de la cuantía.

De otra parte en cuanto a la responsabilidad fiscal en la delegación, debemos decir que tanto en esta como en la responsabilidad disciplinaria y penal, la responsabilidad es subjetiva, ya que está proscrita la responsabilidad objetiva.

Es así como en muchas ocasiones la Corte Constitucional ha establecido con base en lo anterior lo siguiente:

En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva.

De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos a que se refiere el artículo 124 de la Carta, conlleva que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros; principio que

resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazado por esta Corporación en materia de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios. Ciertamente, esta Corporación ha sostenido:

No puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

Así mismo, de manera más general ha explicado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 superior, conforme al cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”, en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga.

Ahora bien, no sobra recordar que distinta de la responsabilidad subjetiva de los agentes del Estado es la responsabilidad objetiva del Estado mismo, que se deduce de la sola presencia de un daño antijurídico causado por sus agentes. Por ello la Corte ha explicado, lo siguiente:

(...) Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, el delegante jamás respondería por el delegatario, pues si así se considerara, se estaría reconociendo la responsabilidad por el hecho ajeno. El delegante y delegatario responderán cada uno por su hecho propio, el delegatario quien sería el que materialmente actúa concretando materialmente la realización de la conducta o el comportamiento contractual, respondería como autor de la falta disciplinaria, y el delegatario respondería como coautor de la conducta si se prueba por alguno de los medios probatorios que el primero actuó por instrucciones del delegante, ya por instrucciones por acción si le da la orden o lo sugiere, y por omisión si teniendo conocimiento de la conducta, ya porque algún órgano de control se lo advierta, una veeduría ciudadana o un administrado en particular y teniendo la posibilidad de evitarlo por la notoriedad del hecho, no lo hace y se prueba la conexidad entre su omisión y querer el resultado producido.

Pero si definitivamente, el delegatario actuó en desarrollo de las funciones delegadas, y la falta se produce por las actuaciones propias del encargo, trámite, verificación de documentos, revisión de requisitos, publicación de lo pre-pliegos, ajustes de los pliegos, apertura del proceso de selección, verificación de la existencia de los requisitos previos tanto en el instrumento como en su contenido, el trámite de la licitación, concurso de méritos, selección abreviada y contratación directa, suspensión del proceso de selección, revocatoria del acto de apertura del proceso de selección, evaluación de las propuestas, rechazo de las ofertas, habilitación o dehabilitación, la orden o no de subsanabilidad, la aceptación de un subsane de propuestas, la decisión de adjudicar, de revocar la adjudicación, encontramos que si el delegatario incurre en una falta disciplinaria, este hecho persé, si se dan los elementos estructurantes de la falta será atribuible exclusivamente al delegatario, pero si se prueba que el delegante intervino en la adopción de la decisión o verificación de los requisitos o en cada uno de las actuaciones anteriores, será coautor de la misma.

Pero, si el delegatario actuó en desarrollo de las funciones delegadas, y no obstante el delegante haber tomado las medidas de inspección, vigilancia y control de las funciones delegadas y no obstante se produjo la falta disciplinaria, la responsabilidad será exclusiva y únicamente del delegatario. Ahora bien, si el delegatario actuó por cuenta de las facultades de delegación y además se prueba que el delegante no intervino en esa actuación ni a título de acción u omisión para facilitar el hecho, se observa que mientras el delegatario responde por la conducta concreta que realizó y eso puede ser una falta gravísima si está descrita en el artículo 48 del CDU, el delegante puede incurrir en una falta o grave o leve de las previstas en el artículo 34- infracción a deberes, o de las previstas en el artículo 35- prohibiciones-, pero por otra conducta

y es la relativa a haber ejercido de manera irregular o inadecuada o por ausencia total de la vigilancia y control de las funciones delegadas.

El delegante nunca responderá solo, este puede responder por vía de acción y a su vez por vía de omisión, cuando el delegatario actúa en ejercicio de su competencia y el delegante no ejerce un control jerárquico sobre aquel, al cual está obligado. Es importante establecer que lo anterior no se debe entender en términos absolutos, pues no siempre las irregularidades que comete el delegatario repercuten en el delegante, ya que ni el control jerárquico para este caso, ni el de tutela el cual veremos más adelante, es absoluto pues se desnaturalizarían los principios establecidos en el artículo 209 de nuestra Carta Política, pues si la delegación se establece con el fin de que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, no tendría sentido que esa sea la conducta del delegante. Esta debe ser entendida como el control de políticas y herramientas, que deber ser dictadas como guías de prevención, estrategias, etc. En síntesis, el juez disciplinario del servidor público con funciones contractuales, ya porque se las atribuya la ley o porque se las atribuya el acto de delegación, debe tener en cuenta que no puede exigirle al delegante contractual que luego de trasladar las funciones por vía de delegación en el delegatario-servidor público de inferior jerarquía pero del nivel directivo o ejecutivo-, que en desarrollo de las funciones de vigilancia y control de las funciones delegadas llegue al imposible de verificar y estar pendiente de cada una de las actuaciones del delegatario, porque tal exigencia del órgano de control disciplinario, penal o fiscal o contencioso administrativo, desnaturalizaría la institución de la delegación, pues son razones de diligencia, temporalidad, de oportunidad, celeridad y eficiencia las que justifican la

delegación contractual, que materialmente es un acto administrativo de traslado de funciones de las funciones contractuales, sin que el delegante se desprenda de su responsabilidad de orientación y de la gestión contractual.

No tendría sentido jurídico, como tampoco razones de eficiencia que la ley permita al delegante trasladar funciones suyas en otro servidor del nivel directivo o ejecutivo de sus Entidad, para que bajo su propia responsabilidad, pero en nombre del superior realice ciertas funciones o tareas frente a las competencias contractuales, para por otro lado exigirle que realice una especie de ejercicio de labores, actividades o actuaciones de codelegación o de codelegatario, presentándose una especie de confusión entre el delegante y el delegatario y mientras tanto tal exigencia absurda hace que bajo esta premisa y óptica la administración no reciba beneficio alguno de la delegación contractual, porque de una parte entretiene al delegante en funciones que le trasladó al delegatario, e iría contra los principios de economía y eficiencia en tanto que se presentaría una duplicidad de funciones y una desnaturalización de los fines y principios de la institución.

Y sería lamentable que una institución como la delegación, creada por la doctrina, la jurisprudencia nacional y extranjera, así como las constituciones y demás normas del ordenamiento jurídico tanto colombiano como del derecho comparado, termine quedando solo escrita en estudios, documentos y normas jurídicas de papel, ante el temor de los servidores públicos de aplicarla, por la indebida aplicación e interpretación de los órganos de control, fiscal y disciplinario, mas no del juez constitucional, administrativo y penal que cada vez hace

aportes mas importantes sobre la materia, tratando de generar la mayor certeza jurídica, pero que en ocasiones no ha sido de fácil aplicación para los órganos de control fiscal y disciplinario. Ello, al punto que los servidores públicos prefieren en ocasiones no acudir a la delegación contractual para no terminar respondiendo por los hechos del delegatario, pues es de mejor recibo mantener la competencia y responder por el hecho propio y no por el hecho ajeno y mientras tanto la función administrativa se pierde de la utilidad de una herramienta que le permite a la administración actuar en mejor oportunidad, mientras el jefe del organismo se ocupa de las verdaderas e importantes responsabilidades de dirección del ente público.

1.2.1.3 Desconcentración de funciones.

Por definición doctrinal, “La *desconcentración administrativa* es el proceso a través del cual las funciones de una entidad u organismo son distribuidas en diferentes áreas funcionales o unidades territoriales, las cuales cuentan generalmente con una estructura administrativa, y cuyo fin último es, al igual que la descentralización y la delegación, garantizar los fines esenciales del Estado.”

En consecuencia, la desconcentración es la entrega de funciones de un superior a un inferior de un rango o nivel especial para que las ejerza a nombre de aquél. Además se puede entender como:

(...) Una transferencia de funciones (descentralización imperfecta en la doctrina francesa), pero con modalidades derivadas especialmente de los poderes que conservan las autoridades

centrales y que se manifiestan en ciertas intervenciones y controles en distintas fases del proceso.

“...”

Por su parte el artículo 8 de la Ley 489 define la desconcentración como el fenómeno de radicar competencias y funciones en “dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa” sin perjuicio de las potestades de orientación e instrucción; explica que la radicación no produce delegación, y puede hacerse por territorio y por funciones. Entiendo que el no producir delegación significa que no hay transferencia definitiva, lo que implica que no hay cambio de titular de la competencia sino del ejercicio de la misma. Se completa el concepto con la provisión de los recursos necesarios para cumplir el cometido, y que los actos así efectuados solo son susceptibles del recurso de reposición (...).

En cuanto a la *desconcentración contractual y la responsabilidad disciplinaria*, cabe remitirse ala doctrina, en el sentido de precisar que:

En materia contractual, el Estatuto contractual, le otorgó a la desconcentración una connotación especial. La desconcentración contenida en el E.C. y el reglamento (arts. 12 E.C. y 7° Decreto. 670 de 1994) consiste en el traslado de la competencia del representante legal contractual a un funcionario del nivel directivo, ejecutivo o asesor, para que realice... todos los actos trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos (...). Para los efectos aquí expresados la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato.

Lo anterior en cuanto la competencia para expedir este acto y efectuar la manifestación de la voluntad contractual solamente puede ser entregada mediante delegación. Se trata, en realidad, una delegación para la realización de trámites contractuales.

Y en esa dirección se plantea que:

Las normas transcritas se refieren a la desconcentración como el instrumento que se debe utilizar para asignar competencias en relación con los trámites para adelantar licitaciones o concursos públicos: la preparación de los términos de referencia, la elaboración de los estudios de oportunidad y conveniencia del objeto que se contratará, la preparación de los avisos que se publicarán, etc., hacen parte de los trámites que pueden ser desconcentrados. No obstante la referencia del Decreto 679 de 1994 a la licitación o concurso público, se podrá utilizar, mediante la aplicación de las reglas generales contenidas en la Ley 489 de 1998, la delegación de funciones para la realización de los trámites en la contratación directa.

Es importante tener en cuenta que la desconcentración en materia contractual, no es para suscribir el contrato, liquidarlo, etc., esta figura es solo para trámites como lo veíamos anteriormente, como elaborar estudios de mercado, proyectos de decisión, etc.

Por su parte la Ley 1150 de 2007 establece en el parágrafo del artículo 21 que “Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el

jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

De otra parte, la Ley 489 de 1998, establece dos clases de desconcentración:

-Por funciones, y

-Por territorio.

- a) La *desconcentración por funciones* consiste en la asignación de funciones y competencias de la entidad en sus diferentes áreas funcionales, ubicadas en la sede principal de la institución. Es el caso más frecuente y se representa básicamente a través de las principales dependencias de la entidad, independiente de la denominación que reciban: secretarías del despacho, subgerencias, vicepresidencias o subdirecciones, por ejemplo.
- b) La *desconcentración por territorio*, se presenta cuando las entidades u organismos, nacionales o territoriales, centralizados o descentralizados, atienden las competencias y funciones a través de unidades administrativas que operan en un lugar geográfico diferente al sitio donde tienen su sede principal. La desconcentración por territorio lleva implícita la desconcentración por funciones, en cuanto las dependencias regionales están para cumplir funciones propias de la entidad en un territorio específico.

Como ejemplo de la desconcentración por territorio de entidades u organismos nacionales están las oficinas de los ministerios en las diferentes capitales de departamento; los tribunales y juzgados de la rama judicial en capitales de departamento y en los municipios del país; las delegadas departamentales de Contraloría de la República; las oficinas de la Registraduría en el nivel departamental y municipal; las gerencias regionales del Banco de la República, y las gerencias regionales o locales de los institutos descentralizados nacionales.

En el nivel territorial están, por ejemplo, las alcaldías locales; las localidades, las juntas administradoras locales, las unidades funcionales de los institutos descentralizados ubicadas en un lugar diferente a la sede principal.”

En cuanto a la responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria en la desconcentración debemos determinar que es el desconcentrante el que debe o está llamado a ejercer las funciones de instrucción, así como la de vigilancia, orientación y control. Si el desconcentrante es el que asigna una función determinada al desconcentrado, el desconcentrante responderá como coautor. Si el desconcentrante asigna o da una orden al desconcentrado pero no ejerce control sobre las actividades del desconcentrado, el desconcentrante respondería por su omisión, mientras el desconcentrado responde por su acción, pero nunca podrían responder los dos de igual forma.

1.2.1.4 La descentralización contractual y la responsabilidad disciplinaria.

Al hacer referencia a esta figura de la descentralización en materia contractual y las consecuencias que se pueden derivar desde el punto de vista disciplinaria por acción u omisión en el ejercicio de funciones públicas en este contexto, se pueden dar dos aproximaciones o dos categorías de análisis, así:

- Descentralización Territorial.
- La descentralización por Servicios.

Cada uno de estos institutos jurídicos conserva sus propias definiciones y desarrollos, los cuales se pueden plantear de la siguiente manera:

A) La **descentralización territorial** tiene una connotación fundamentalmente política-la organización del poder público como elemento del Estado- y se traduce en la existencia de las entidades territoriales dentro del Estado unitario. Se caracteriza básicamente por:

- La existencia de entidades territoriales, y
- El ejercicio de control por parte de las autoridades centralizadas para garantizar la unidad de acción administrativa a partir de la legalidad de la actuación en las entidades territoriales.”

Las entidades descentralizadas poseen personería jurídica, autonomía administrativa, autonomía financiera y patrimonio independiente. La personalidad jurídica *“es consecuencia natural de la existencia y tratamiento de las entidades territoriales como entidades descentralizadas. ...”*. Entonces, la descentralización se presenta-jurídicamente- siempre y cuando se garantice y se reconozca a cada entidad descentralizada su existencia como una persona jurídica. Por lo tanto, no hay entidad descentralizada territorial o por servicios que no sea una persona jurídica autónoma, con su propia personalidad jurídica.

En este sentido, el artículo 3 del Código de Régimen Departamental establece que la Nación, los departamentos y los municipios son personas jurídicas. Así mismo como consecuencia de la personalidad jurídica del municipio, el artículo 84 de la ley 136 de 1994 le asigna al alcalde la calidad de representante legal. (...)

Por su parte, cuando se habla de autonomía administrativa nos referimos a la facultad que tienen las autoridades territoriales para tomar decisiones, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley, que les permita, sin injerencia de la autoridad centralizada, atender el cumplimiento de las funciones públicas y la prestación de los servicios, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y construir las obras públicas que demande el desarrollo local o regional y de una parte, se expresa en la determinación de la estructura de la respectiva administración territorial, la aprobación del plan de desarrollo, la aprobación del presupuesto, la determinación de las escalas de remuneración, la aprobación de las plantas de personal, el señalamiento de las

funciones por cargo y por dependencias, entre otras decisiones y de otra parte, forma una barrera de protección para garantizar la toma de decisiones por las autoridades territoriales, la cual no puede ser desconocida por las autoridades del nivel superior. Lo anterior, se puede ilustrar con los siguientes ejemplos:

- 1) El Gobierno Nacional no puede congelar la planta de personal de las entidades territoriales ni establecer las escalas de remuneración de sus empleados.
- 2) Las facultades extraordinarias del artículo 120 de la ley 489 eran para suprimir, fusionar o reestructurar entidades y organismos del nivel nacional, pero no las del nivel territorial.
- 3) Las facultades establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política se circunscriben al ámbito nacional, no al nivel territorial.

De todas maneras, la autonomía en la República unitaria está restringida por la Constitución y la ley. Las autoridades territoriales no podrán tomar decisiones en las materias en las cuales opere una reserva legal o en las cuales no se les haya dado expresamente competencia. Los concejos municipales no podrán, por ejemplo, establecer el régimen de prestaciones sociales para los empleados de su municipio; establecer la nomenclatura y clasificación de sus empleos, ni establecer los requisitos y calidades necesarios para acceder a los empleos municipales.

La autonomía administrativa en las entidades territoriales es más amplia que la que poseen los institutos descentralizados. En estos últimos existe una tutela u orientación más intensa por parte de las autoridades del respectivo sector central: topos de incremento de salarios, congelación de las plantas de personal, supresión de empleos vacantes, etc.”

Respecto a la autonomía financiera como lo expresa el doctrinante PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ:

Se presenta cuando la persona o entidad tiene la capacidad para generar recursos suficientes para atender sus necesidades y la facultad para disponer de ellos. La autonomía financiera requiere la presencia de ambas etapas: la generación de recursos y la libre disposición de los mismos, con las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley en la República unitaria. La existencia de una sola de estas potestades no es suficiente para hablar de una persona o de un ente realmente autónomo.

Si se tiene la facultad de disponer de recursos económicos pero no se tiene la capacidad para generarlos, no hay autonomía financiera.

B) La segunda especie es la *descentralización por servicios*, la cual tiene su fundamento constitucional en el artículo 209. Su naturaleza es eminentemente técnica y administrativa y se manifiesta a través de los genéricamente denominados institutos descentralizados. La Constitución Política los denomina entidades descentralizadas. Sin

embrago para diferenciarlos de las entidades territoriales, que también son entidades descentralizadas, en este libro se recurre a la expresión instituto descentralizado, empleado por la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

El artículo 68 de la Ley 489 de 1998, señala cinco elementos de los institutos descentralizados:

- a) Creación legal o con autorización;
- b) Naturaleza de objeto;
- c) Personería jurídica;
- d) Autonomía administrativa, y
- e) Patrimonio Propio.

De esta manera encontramos dentro del nivel nacional los siguientes institutos o entidades descentralizadas, tal como lo establece el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 en el numeral 2º, el cual establece lo siguiente: “ Del Sector descentralizado por servicios:

- Los establecimientos públicos;
- Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- Los institutos científicos y tecnológicos;

-Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

-Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

1.3 Responsabilidad Disciplinaria, poder de instrucción y control jerárquico en el ejercicio de las funciones delegadas.

El control jerárquico se manifiesta a través de institutos como las facultades de libre nombramiento y remoción de las autoridades de las dependencias y unidades territoriales desconcentradas; la aplicación del régimen disciplinario; la instrucción directa; la revisión y revocatoria de los actos de las autoridades desconcentradas (también en la figura de la delegación consideramos que surge esta posibilidad); entre otras. (Paréntesis fuera del texto.), es decir, el control jerárquico se realiza sobre la persona del servidor público, cuando lo nombra, remueve, traslada o le da ordenes o instrucciones expresas; también sobre los actos del funcionario cuando conoce en vía gubernativa de los recursos de apelación y queja contra los actos del servidor público de inferior categoría de la Entidad; pero también cuando los revoca haciendo uso de la facultad que tiene el superior de revocar directamente por causas legales los actos administrativos expedido por el servidor público de inferior categoría, pero también,

cuando el delegante reasume bajo su responsabilidad las funciones delegadas en el delegatario.

Para el Consejo de Estado:

La facultad de revocar o reformar un acto es una facultad que puede encontrarse presente, tanto en el control de tutela como en el control jerárquico, con la diferencia de que en la primera hipótesis debe estar expresamente prevista en la ley, lo que no sucede en la segunda, ya que se trata de una facultad comprendida, sin necesidad de consagración expresa, en el control jerárquico.

Es necesario hacer claridad que la delegación y la desconcentración no implican desprenderse de las facultades dadas por la Constitución y por la Ley.

Desde nuestro punto de vista el superior puede ejercer el control jerárquico de tres formas:

- Reasumiendo la competencia, para el caso de la delegación y desconcentración.
- En la vía gubernativa, cuando conoce de los recursos de apelación y queja, conforme al C.C.A.
- Revocando directamente los actos administrativos ejecutoriados expedidos por el servidor público de inferior categoría. (Revocatoria directa).

La Ley 489 establece que la autoridad delegante puede en cualquier tiempo reasumir la competencia (art. 12). Este precepto legal reproduce el principio constitucional, artículo 211, según el cual el delegante podrá reasumir en cualquier momento la responsabilidad consiguiente.

Pero se debe precisar que, si el delegante inviste de autoridad a otro funcionario pero no pierde la competencia para decidir sobre todas las funciones de su empleo, él no podrá reasumir la competencia como lo dice la Ley 489, en cuanto, con la delegación, el delegante no entrega, suspende ni pierde su competencia para tomar plenamente decisiones para el cumplimiento de las funciones del empleo del cual es titular.

Si el delegante entregara toda la competencia y toda la autoridad para decidir sobre algunas de las funciones de su empleo, él no podría retrotraerla cuando lo considerara conveniente. Tampoco podría ejercer las funciones de orientación, información, seguimiento, revisión o revocatoria de las decisiones de los delegatarios.

Por esta razón es impropia la expresión utilizada por la doctrina y la legislación. El delegante no reasume la competencia sino que revoca el acto de delegación.

1.4 La responsabilidad disciplinaria en el ejercicio del control de tutela.

El sector central en el nivel nacional y territorial ejerce control de tutela sobre sus institutos descentralizados, con el fin de garantizar la legalidad de la actuación y la consecución de los fines esenciales de la administración.

Por esta razón, las entidades descentralizadas, como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas o vinculadas (Ley 489, art. 68).

El control sobre los institutos descentralizados se presenta en diferentes modalidades. De un lado, en la presencia de las respectivas autoridades centrales en su junta o consejo directivo, tal como lo consagra el artículo 73 de la Ley 489/98. En el nivel nacional, por ejemplo, las juntas o consejos directivos de los institutos descentralizados son presididos por el ministro o el director del departamento administrativo al cual están adscritos o vinculados.

Los gerentes, directores o presidentes de los institutos descentralizados son, por norma general, funcionarios de libre nombramiento y remoción de la respectiva autoridad ejecutiva, según el nivel al que pertenezcan (C.P., arts. 189-13, 305-5 y 315-3).

Además de lo anterior, los institutos descentralizados están sujetos a la orientación, control y evaluación por parte de la autoridad ejecutiva correspondiente. La Ley 489 señala lo siguiente para la descentralización por servicios:

La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo. En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de

las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente. (Art. 41).

Finalmente, según el artículo 46 de la Ley 489, los institutos descentralizados participan en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, bajo la orientación de los ministerios y departamentos administrativos respectivos.”

1.5 Responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria de los miembros del Consejo o Junta Directiva en la Ley 599 de 2000, Ley 610 de 2000, Ley 734 de 2002, Ley 1474 de 2011.

Antes de entrar a mirar la responsabilidad que podrían llegar a tener los miembros del Consejo directivo (establecimientos públicos) o junta directiva (empresas industriales y comerciales del Estado), debemos señalar las funciones que establece la Ley 489 de 1998 para estos organismos:

El artículo 76 se encarga de establecer las funciones de los consejos directivos de los establecimientos públicos, señalando que corresponde a estos:

- a) Formular a propuesta del representante legal, la política general del organismo, los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica

del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo.

- b) Formular a propuesta del representante legal, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo.
- c) Conocer de las evaluaciones semestrales de ejecución presentadas por la administración de la entidad.
- d) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca de conformidad con lo dispuesto en sus actos de creación o reestructuración.
- e) Aprobar el proyecto de presupuesto anual del respectivo organismo.
- f) Las demás que les señalen la ley, el acto de creación y los estatutos internos.

Y en cuanto a las funciones de la junta directiva señala la Ley 489 citada en su artículo 90 que corresponde a las mismas, como juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado:

- a) Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo;
- b) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca;
- c) Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo;
- d) Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada;
- e) Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos.

Una vez establecido lo anterior, vemos como a los consejos directivos o juntas directivas solo se les permite fijar las políticas de la contratación de la entidad, estos no pueden inmiscuirse en las funciones que son exclusivas de los jefes de la entidad en materia contractual (Art. 11, núm. 1º., Ley 80 de 1993), llámense estos representantes legales, gerentes, directores, etc., así sea que estemos hablando de una función que se les haya delegado total o parcialmente. Si ellos se inmiscuyeran en asuntos que no les está permitido podría existir responsabilidad penal y disciplinaria en sus actuaciones, es decir, que si habláramos de irregularidades en la

contratación más no en la política contractual, el único responsable de este hecho sería el representante legal de la entidad, pues él es el único a quien se le ha encomendado y puede ejercer esta función.

De otro parte, si hablamos de que no existe violación de una norma contractual, pero se establecieron o trazaron políticas públicas erróneas (Ejm: para Bogotá D.C., el Concejo Distrital aprueba que se construya el Metro para la ciudad, pero la entidad que tenía encargada esta labor a través de su consejo o junta directiva cree que es más viable, económico, etc., ingresar más e importar nuevos buses a la ciudad y se demuestra que resultaría ser más costosa, inviable y perjudicial para la sociedad.), existiría una responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria únicamente para los miembros de dicho consejo o junta, por su acción u omisión política, puesto que ellos responden en cuanto a lo que la ley les faculta y deben abstenerse en lo que la misma les prohíba.

Siguiendo esta línea, podríamos establecer a su vez que si el representante legal siguió una política trazada por el consejo o junta directiva, existiría entonces una responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria ya no solo de los miembros del consejo y junta directiva sino también del representante legal de la entidad por acogerla y no abstenerse de ejecutarla.

1.6 Responsabilidad Disciplinaria y control de tutela en el ejercicio de las funciones descentralizadas.

El control de tutela en el descentralización bien sea por servicios o territorial, se ejerce a través de la junta o consejo directivo de la entidad, los cuales son presididos por el ministro o el director del departamento administrativo al cual están adscritos o vinculados, como lo vimos anteriormente.

Para el caso de la descentralización territorial respondería en todo la entidad descentralizada, a través de su representante legal, es decir, para el caso de un departamento hablaríamos del gobernador quien estaría llamado a responder en principio, de igual manera sería si habláramos en la descentralización por servicios, quien responde es el funcionario en cabeza del instituto descentralizado.

El que descentraliza solo responde por la acción u omisión en la transferencia, manejo y administración de los recursos que se van a dirigir a la entidad descentralizada territorialmente o por servicios, según sea el caso.

En un espectro más amplio de la responsabilidad en lo relativo a la delegación y desconcentración administrativa, también puede darse no solamente la que corresponda en materia disciplinaria, sino penal y fiscal, de ese contexto surgen varias conclusiones, así:

- (i) La responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria es subjetiva, está proscrita la responsabilidad objetiva.
- (ii) El delegante responde por el hecho propio, no por el ajeno o del delegatario.
- (iii) El delegatario responde por todas las funciones que le son delegadas.
- (iv) El delegante respondería en el grado de coautor, sino ejerce las funciones de orientación, vigilancia y control.
- (v) El desconcentrado también respondería como coautor al impartir una orden al desconcentrado.
- (vi) La responsabilidad del delegante y del desconcentrado no pueden tomarse como absolutas en virtud del anterior precepto, pues se desnaturalizaría el principio constitucional establecido en el artículo 209 Constitucional.
- (vii) Si el desconcentrado imparte la orden pero no ejerce las funciones de orientación, vigilancia y control respondería por su omisión y el desconcentrado por su acción.
- (viii) En la delegación para la firma, responde tanto el delegante como el delegado.

- (ix) Quien cumple funciones desconcentradas responde por un delito y el desconcentrado por otro, nunca responderán por el mismo delito.
- (x) El delegante nunca responderá solo.

Adicionalmente, es importante establecer como bien lo señala el doctrinante PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ, lo siguiente:

(...) Mientras que la descentralización se presenta entre personas jurídicas diferentes, la desconcentración se desarrolla al interior de la misma persona jurídica. Siendo esta una de las principales diferencias entre estas dos figuras.

La Constitución Política hace dos referencias directas al concepto de desconcentración administrativa. Ellas están contenidas en los artículos 209 y 228. En el primer caso, artículo 209, establece que el desarrollo de la función administrativa se hará mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En el segundo evento, el artículo 228, señala que la administración de justicia es una función pública y que su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

El artículo 228 contiene dos aspectos importantes sobre el tema. El primero es el hecho de señalar que la administración de justicia es desconcentrada, con lo cual se señala que la figura de la desconcentración no se presenta sólo para el cumplimiento de la función administrativa,

sino también para establecer la organización a través de la cual se dará cumplimiento a otras funciones del estado. El segundo aspecto que contiene el artículo 228 es precisar que la autonomía no es una figura exclusiva de la descentralización territorial (C.N., art. 1º), ya que también se presenta al interior de entidades u organismos desconcentrados (...).

Por su parte, el Consejo de Estado ha definido esta figura como:

(...) Una fórmula intermedia entre la centralización y la descentralización, y consiste en la transferencia de funciones que corresponden a un órgano administrativo central, para que las ejerza un agente local u otra persona jurídica a nombre de aquél, de tal manera que cuando toman decisiones lo hacen en nombre de la entidad que desconcentra, lo que significa que realmente no poseen autonomía (...).

Así mismo la Corte Constitucional en la Sentencia C-028 de 2006, consideró que la desconcentración:

(...) Es un instituto jurídico que hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. **El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.**

En este orden de ideas, las características particulares de la desconcentración son: (i) es una atribución de la competencia realizada por el mismo ordenamiento jurídico; (ii) tal atribución es realizada a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; (iii) la competencia desconcentrada

se confiere de forma exclusiva al órgano designado por el ordenamiento; (iv) la responsabilidad del superior jerárquico se circunscribe al ámbito de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y; (v) el superior sólo puede reasumir la competencia previa una nueva atribución legal que así lo determine (...) (negrilla por fuera del texto original).

1.7 La Delegación Contractual y la Responsabilidad Disciplinaria.

Dos puntos cardinales de análisis, surgen en esta materia, el primero relativo a la institución jurídico-político-territorial de la descentralización que tiene por contexto el Estado Social de Derecho, es decir lo particularmente preceptuado por el artículo 1 Superior, la Corte, respecto de lo cual, la Corte Constitucional, al realizar el examen de constitucionalidad sobre algunas normas del Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002, en esa misma dirección, se ocupó de establecer la importancia de la potestad disciplinaria del Estado Social de Derecho, examinando, entre otros asuntos, de la mayor trascendencia, los siguientes:

- (i) **Principio de legalidad**, el cual tiene soporte Constitucional en los predicados de los artículos 1, 6, 121 y 123 Superiores:

En Colombia el principio de legalidad ha sido entendido como una expresión de racionalización del ejercicio del poder, esto es, como el sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculden. Dicho principio está formulado de manera expresa en la Carta Política, y se deduce inequívocamente de ciertos preceptos.

Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: *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*". Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

De ello, indefectiblemente se deduce que la Constitución y la ley son un parámetro inexcusable de la actividad estatal, dado que los funcionarios públicos deben desarrollar su actividad teniéndolas como base, pues de lo contrario la potestad sancionadora estatal tendría que manifestarse, entre otras formas, a través de la posibilidad de llevar a cabo un control de tipo disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado en virtud de la relación jurídica que surge como consecuencia del asumir el cumplimiento de una función pública.

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que *"ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y*

la ley”, y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior.

Como consecuencia del análisis precedente, advirtió la Corte que tanto los servidores públicos, como los órganos, como los sujetos estatales se obligan a cumplir lo establecido por el Derecho y por la Administración Pública y que en su actividad toda deben acatar y respetar lo previsto en el ordenamiento jurídico, esto es cumplir lo señalado en las diversas categorías jurídicas, es decir, con la Constitución, la Ley, los actos administrativos y en las demás fuentes que integran el sistema normativo; razón por la cual esas mismas categorías jurídicas prevén una serie de mecanismos de control que permitan garantizar el cabal funcionamiento de la administración pública, entre los que se cuenta, con el control disciplinario. En ese orden, señaló la Corte, en la citada Sentencia C-028:

El poder de corrección del Estado sobre sus servidores se explica en la necesidad de mantener la dirección y control de las distintas tareas que deben cumplir, para conservar el orden y alcanzar los objetivos impuestos en el ejercicio de sus actividades.

La potestad disciplinaria, entendida como la facultad para corregir las fallas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos, se torna en una prerrogativa tendiente a proteger al ciudadano de eventuales arbitrariedades por incumplimiento de las directrices fijadas en la ley, con ella se evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio, desconociendo el interés general que debe orientar las actuaciones

estatales.

Ahora bien, dado que la finalidad primigenia de la potestad disciplinaria consiste en asegurar el adecuado desarrollo de la función pública, es pertinente hacer referencia a los principios que orientan la actividad de los servidores públicos en el ejercicio de las labores que le son propias, por cuanto la búsqueda de la vigencia y cumplimiento de los mismos sirve de sustento a la existencia de una potestad disciplinaria.

Avanza la Corte en su análisis, señalando que dentro de la estructura estatal, la administración pública se configura como el vehículo idóneo para alcanzar la realización efectiva de los valores constitucionales, en la medida en que se constituye en instrumento de realización de los fines del Estado Social de Derecho y por supuesto de la consecución de un orden social que garantiza y protege los derechos fundamentales de los asociados.

Pues bien, los principios consagrados en el artículo 209 Superior, sujetan el ejercicio de la función pública y quien no los cumple cabalmente estará sometido al respectivo control disciplinario, siendo una de las prioridades de la potestad disciplinaria del Estado, el vigilar su cabal cumplimiento como valores constitucionales que irradian toda la actividad estatal.

En síntesis, señaló la Corte: “(...) La potestad disciplinaria se ocupa esencialmente de investigar y sancionar, si a ello hubiese lugar, a quienes incumplan sus deberes funcionales, entre los cuales indefectiblemente se encuentra cumplir su labor de acuerdo con los lineamientos planteados por el artículo 209 constitucional. Dichos principios no son otros que los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”. Lo propio ocurre con los mandatos de los artículos 3 del Código Contencioso Administrativo y 23 de la

Ley 80 de 1993, así como lo previsto en la Ley 1150 de 2007, respecto del ejercicio de las actuaciones administrativas y de la actividad contractual.

- (ii) En cuanto al concepto de **potestad disciplinaria**, señaló, también en la Sentencia C-028:

La potestad disciplinaria, entendida como la facultad para corregir las fallas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos, se torna en una prerrogativa tendiente a proteger al ciudadano de eventuales arbitrariedades por incumplimiento de las directrices fijadas en la ley, con ella se evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio, desconociendo el interés general que debe orientar las actuaciones estatales.

- (iii) El **Derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas** no es absoluto, razón por la cual, precisó:

Es menester indicar que el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas, como ningún otro derecho fundamental, puede ser considerado como absoluto. Por el contrario, el legislador puede limitarlo, puesto que sobre el mismo se hacen efectivas ciertas restricciones, que se justifican esencialmente en la consecución de la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública, se reitera, todo ello en aras a la consecución de los fines estatales y de la transparencia y probidad de quienes ejercen la función pública, por ello no podría decirse que con las normas acusadas se afectan dicho derecho, en la medida en que dicha restricción se encuentra justificada.

- (iv) Respecto la realización de los **finés de la función pública y la violación al régimen de Inhabilidades como falta disciplinaria**, expresó:

Es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador consagre como una de las sanciones derivadas del proceso disciplinario las inhabilidades, puesto que ello se enmarca dentro de un ámbito de razonabilidad y proporcionalidad que no desconoce los valores, principios y derechos consagrados en la Carta, sino que, por el contrario, procura realizar los fines delineados por el constituyente, entre otros, el acatamiento de los fines de la función pública como elemento estructural de la prevalencia del interés general.

- (v) Pero además de la Constitución como fuente normativa suprema del ordenamiento jurídico también el Bloque de Constitucionalidad como técnica de interpretación y aplicación de las normas asiste el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, como mecanismo de control que vigila el cumplimiento de los valores y principios supremos en el ejercicio de la función pública y la actividad administrativa. Al respecto la Corte, señaló:

Esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el

legislador.

Y al señalar la Corte que los tratados y convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben interpretarse de manera armónica y sistemática, puntualizó:

Esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.

(vi) En ese orden de ideas, los Tratados y Convenios Internacionales cobran capital importancia la interpretación sistemática y teleológica, así:

En los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos

de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéutica específicas existentes en la materia, las cuales

En consecuencia, se acude a tratados internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1992 aprobada mediante la Ley 412 de 1999 y declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-397 de 1998 MP Dr. Fabio Morón Díaz y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 31 de octubre de 2003, aprobada mediante la Ley 970 de 2005 declaradas exequibles mediante la Sentencia C-172 de 2006 y promulgada por el Decreto Nacional No.4898 de 2007. En esta Convención se adoptaron medidas disciplinarias contra el flagelo de la corrupción, el que en Colombia ha causado enormes estragos que a diario conoce la opinión pública.

También, se hace expresa referencia y remisión a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972, entrando en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978. Este Pacto establece restricciones legales respecto al acceso de cargos públicos. Sobre el particular, la Corte señaló:

La Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos

internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador.

Adicionalmente, expresó la Corte:

En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.

Y cuando la Corte, consideró que la Convención Americana de Derechos Humanos, no se opone a que el legislador establezca sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, manifestó:

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de

la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado. En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.

Finalmente, advierte la Corte, que las inhabilidades para ejercer funciones públicas por sanción disciplinaria, no resulta desproporcionada o irrazonable porque busca la salvaguarda de la moralidad pública, así como no se vulnera el derecho de acceso a funciones y cargos públicos al establecerse inhabilidad por sanción disciplinaria:

El legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad, así como el tiempo de duración de las mismas, son competencia de aquél y objeto de una potestad discrecional amplia, pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos, como lo es precisamente aquel de acceso a cargos públicos. En este orden de ideas, la limitación que conoce el derecho político de acceso a cargos públicos debido a la imposición de una sanción disciplinaria, no resulta ser desproporcionada o irrazonable, por cuanto busca la obtención de fines constitucionalmente válidos, en especial, la salvaguarda de la moralidad pública.

De lo anterior, se puede concluir que todos los servidores públicos, independientemente de la estructura prevista para la organización estatal, bien sea un modelo político administrativo central o descentralizado, están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones so pena de someterse al control y a la sanción disciplinaria.

El segundo punto, tiene que ver con los principios que algún sector de la doctrina denomina como orientadores del ejercicio de la función pública y otros consideramos rectores en el mismo ámbito de la actividad estatal, particularmente de la actividad contractual/pública y que en gracia de discusión la Sentencia fundadora de línea jurisprudencial T-406 de 1992 con ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón, al referirse la Corte Constitucional a los principios y valores constitucionales consagrados en la Carta de 1992, señaló:

B. Principios y valores constitucionales.

(...) b-. **Los principios Constitucionales**, a diferencia de los valores que establecen fines, **consagran prescripciones jurídicas generales** que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos **normas de aplicación inmediata**, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de

las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. **Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.**

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. **En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial (...)** (La negrilla por fuera de texto original).

En cuanto al carácter de los valores y de los principios constitucionales y el grado de diferenciación entre unos y otros, señaló la Corte:

Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto (...).

Al hacer referencia la Corte en la citada Sentencia T-406, a los principios y al Estado Social de Derecho, claramente indicó:

C. Principios y Estado Social.

(...) **8.** El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de

los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**").

10. De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho (...).

Bajo esa órbita y en la justa medida que señala la Corte, en la precedente Sentencia, al remitirnos a los principios que señala la Ley 80 de 1993 y posteriormente la Ley 1150 de 2007, en materia contractual, se establece que 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. Pero además por vía jurisprudencial y doctrinal se ha establecido que son de capital importancia para el proceso contractual en su conjunto, esto es en las fases o etapas precontractual, de formación o preparación del contrato; de ejecución

contractual y de liquidación o postcontractual, según sea lo pertinente, aplicar los principios de planeación y selección objetiva y con ocasión de la expedición de la Ley 1150 citada, los principios de publicidad y concurrencia, e incluso el principio de articulación en los contratos estatales, se articulan para dar alcance a su aplicación con fuerza normativa y este último vale la pena mencionarlo, al relacionarlo en materia de responsabilidad disciplinaria y sobre el que hizo particular mención al salvar su voto el Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, en la Sentencia de Unificación 950 de 2005, así:

“1. La responsabilidad de los funcionarios públicos y características de la responsabilidad disciplinaria derivada de la ejecución de un contrato estatal. Relevancia de la distribución funcional del trabajo en las entidades públicas a fin de establecerla.

En el caso que ocupó la atención de la Corte y en lo que atañe al primero de los puntos que motivaron que me apartara de la decisión adoptada, considero que por cuenta de un ligero entendimiento de lo que son los deberes exigibles en materia de contratación a los funcionarios públicos y a los órganos de una entidad, la tesis mayoritaria terminó prohijando un particular y errado alcance de la responsabilidad disciplinaria en esta materia.

En este punto considero pertinente llamar la atención en que el denominado principio de articulación conforme al cual las distintas etapas y fases correspondientes a la formación de la voluntad en la celebración, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales, no sólo tiene relevancia para establecer cuál es el funcionario u órgano competente para intervenir en cada una de ellas y determinar la validez de los actos, sino también y de manera preponderante para delimitar e individualizar la responsabilidad de los servidores públicos.

En efecto, es el principio de articulación el que sirve como punto de partida para dar cabal aplicación a lo previsto por el artículo 6 de la Constitución Política cuando prevé que los servidores públicos responderán *“por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. Ciertamente la posibilidad de establecer si la conducta de un funcionario constituye una omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones sólo resulta posible cuando previamente se han identificado cuáles son esas funciones o deberes exigibles a este servidor.

Así mismo, el principio de articulación es presupuesto de la buena administración de las entidades públicas, pues sólo en la medida en que el conjunto de funciones que la ley les atribuye puedan distribuirse entre los distintos órganos y servidores que la conforman, se realizan efectivamente los principios que rigen la Administración Pública (C.P., art. 209). No es posible imaginar una entidad modelo de gestión en la que todos los funcionarios sean responsables de todas las funciones que se asignan a la organización sin ningún tipo de división del trabajo.

Ahora bien, el entendimiento del principio de articulación presenta complejidades al momento de examinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y, en particular, la del director de una entidad; pues no se puede perder de vista que el desempeño de esta función lleva aparejada la asignación de deberes y responsabilidades generales que conciernen a todas y cada una de las áreas y dependencias de la organización, lo que se explica en que es este funcionario a quien se le confía la orientación para el cumplimiento de la misión institucional del organismo.

Sin perjuicio de ello, es claro que cuando se trata de establecer la responsabilidad disciplinaria, que es de naturaleza personal, individual y subjetiva, la consideración escueta de las

responsabilidades generales a cargo del director no puede servir de fundamento para llegar a decisiones conclusivas sobre la conducta que disciplinariamente le resultaría reprochable. Por esta vía, cualquier falta disciplinaria cometida por un funcionario de la entidad, sería enrostrable por extensión al director de la misma en la medida en que frustra de algún modo el cumplimiento de la misión institucional de la cual éste es responsable y permite inferir el desconocimiento de alguno de los deberes a su cargo.

Prosigue el Doctor ESCOBAR para cuestionar la decisión mayoritaria, al señalar que la Corte omitió que la función técnica de revisar minuciosamente las cantidades de obra previstas en el proyecto a fin de compararlas con las que están incluidas en el contrato, son directas del interventor del contrato de obra pública, en el caso en concreto que se debatió, precisando, adicionalmente lo siguiente:

Por si fuera poco, es el interventor quien de acuerdo con estas normas tiene la función administrativa de suscribir con el contratista el acta de iniciación, así como el encargado de elaborar y suscribir el acta para el recibo final de la obra, y quien tiene la responsabilidad de preparar los documentos necesarios para la liquidación de los contratos.

Habiendo sido previstas tan claras competencias en cabeza del interventor, resulta por lo menos extraño que en el trámite disciplinario no se le hubiera escuchado siquiera en testimonio y que, sin más, se haya hecho exigible el cumplimiento de estos deberes al director de la entidad a partir de una errada interpretación del alcance de las obligaciones generales que le han sido asignadas por las normas. Este proceder no se explica siquiera en el hecho de que en ese momento, por cuenta del régimen aplicable previsto en la Ley 200 de 1995 y el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, existiera un vacío legislativo que impedía que los interventores

fueran llamados a responder disciplinariamente -vacío que se llenó posteriormente a partir de la expedición de la Ley 734 de 2002—artículo 53-.

Al salvar su voto, también dijo el H. Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, que la construcción argumentativa que ampara la decisión da paso a la inaplicabilidad del principio de articulación:

Que como se ha dicho, sirve de vehículo para la aplicación genuina del artículo 6 de la Constitución Política y, de otra parte, vacía de contenido uno de los fines que se persigue con la división del trabajo en una entidad, cual es el de delimitar e individualizar la responsabilidad de los servidores públicos.

Se arriba entonces, como resultado del análisis fáctico del caso en concreto, a una reveladora, ilustrativa e importante conclusión, en el siguiente sentido:

En estas condiciones, puede concluirse que la responsabilidad del director de la entidad en este caso se fundó, pero solo en apariencia, en unas consideraciones que no pueden ser admitidas para imponer una sanción disciplinaria. Repudia al Derecho que la aplicación del *ius puniendi* sea soportada en tan inconsistentes inferencias del juzgador, como la de afirmar que a partir del deber general de coordinación, control y vigilancia de todas las actividades de una entidad, el director de esta tiene también el de constatar las cantidades de obra ejecutadas en un contrato. Pero aún más grave resulta cuando se ha podido constatar que esta función técnica ha sido asignada expresamente por las normas a un tercero.

Parecería que frente a la imposibilidad de que el interventor responda como sujeto

disciplinable, dado el régimen aplicable en la época de los hechos, la Procuraduría entendió que estaba autorizada para, sin más consideraciones, trasladar al director de la entidad la obligación de verificar las cantidades de obra ejecutadas antes de aprobar la liquidación del contrato, para así poder reprochar a alguien el incumplimiento de este deber. Esto a pesar que del material probatorio se desprendía con claridad que el director no participó -y no estaba en la obligación de hacerlo- en el levantamiento de las actas de recibo y de liquidación en las que constaba dicha información, y que en nombre de la entidad dichos documentos habían sido suscritos por el jefe de la división de construcciones y el subgerente técnico de la entidad, respectivamente.

Acto seguido se hace un fuerte cuestionamiento a la decisión de la mayoría, señalando lo siguiente:

Se pregunta la sentencia cuál es la razón de ser del nivel directivo si no la de responder por el contenido de los documentos que le sirven de fundamento para tomar sus decisiones, pero en realidad frente a la tesis mayoritaria mejor cabría cuestionar cuál es la razón de ser de los funcionarios a quienes se les confía el cumplimiento de específicas tareas o de los que representan al gerente, si al final todas las competencias a cargo de aquéllos son exigibles a su superior y por su incumplimiento se puede inclusive declarar la responsabilidad disciplinaria de éste. La única manera entonces de entender satisfechas las obligaciones y evitar incurrir en una falta por cuenta de la conducta ajena sería concentrar todas las funciones de la entidad en su gerente, lo que atenta contra todos los principios de la función administrativa (C.P., art. 209)

Francamente no se entiende cuál fue la obligación incumplida por el gerente de la entidad que pudiera serle enrostrada para llegar a concluir su responsabilidad disciplinaria y cuáles son acaso

las consecuencias que la Procuraduría y la Corte entienden que se derivan de la división del trabajo en las diferentes fases de la liquidación de un contrato. Lo que ha quedado planteado en la providencia es una especie de responsabilidad solidaria en materia disciplinaria, de acuerdo con la cual un funcionario, sin importar las funciones que en efecto puedan serle exigibles, responde por las obligaciones que la ley les asigna a todos los que intervienen en cierto procedimiento, por el simple hecho de ser superior jerárquico. De esta forma, cabe interrogarse también sobre qué sentido tiene en materia de responsabilidad que las normas se ocupen de hacer un detallado listado de funciones, si al final el gerente por extensión es responsable de todas ellas.

En cuanto a la necesidad de la prueba del dolo o la culpa para proceder a declarar la responsabilidad disciplinaria, la postura disidente de la mayoría, contundentemente aseveró:

2. Necesidad de la prueba del dolo o de la culpa para proceder a declarar la responsabilidad disciplinaria.

Si en gracia de discusión se admitiera que en efecto el accionante incumplió el deber de constatar la veracidad de los documentos con fundamento en los cuales aprobó la liquidación del contrato, considero que subsiste inmodificable la necesidad de que se pruebe el grado de culpabilidad con que ha actuado, esto es, el dolo o la culpa.

Lo que no resulta de recibo, es que frente a la ausencia de una prueba que permita declarar la responsabilidad a título de *dolo*, simplemente se degrade la modalidad del ilícito para insistir en el reproche, quedando eximida la Procuraduría de probar la que en menor grado imputa y declara.

Si bien es cierto que la modificación en este sentido no acarrea por sí sola la vulneración del debido proceso, a mi juicio, con esta lógica se eludió y degradó también la exigencia de la carga probatoria. Si se observa el expediente, la entidad accionada parece haber encontrado un fundamento para eludir el deber de probar la culpa, en el hecho escueto de la disminución del grado de responsabilidad en que imputaba la falta, como si acaso hacerlo a un título menos gravoso le eximiera de sus cargas, entre las cuales se cuenta la de considerar las causales eximentes de responsabilidad.

Como se anotó resulta de la mayor trascendencia este salvamento de voto, en cuanto al denominado principio de articulación, dando paso a la discusión y reflexión, en materia tan relevante, respecto lo que bien podría denominarse la división administrativa de las cargas en el proceso contractual y lo que puede constituirse como responsabilidad disciplinaria en virtud de lo que corresponde hacer como obligación a cada uno de aquellos servidores públicos o en este caso, en particular, al interventor de la obra pública para cumplir con los cometidos estatales en materia contractual.

De otra parte, la Ley 489 de 1998, en su artículo 1 fijó el objeto de la Ley; en el artículo 2 párrafo estableció su ámbito de aplicación; en el artículo 3 señaló los principios de la función administrativa y en el artículo 4 definió las finalidades de la función administrativa, respecto de lo cual, claramente señaló:

- (i) La Ley regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración

Pública.

- (ii) La misma Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.
- (iii) Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.
- (iv) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y

organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

- (v) La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, en su artículo 2, al señalar que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.

2. Los particulares como sujetos activos de la falta disciplinaria de naturaleza contractual, conforme al artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, modificatoria del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

De conformidad con el artículo 53 del CDU, modificado por el artículo 44 y 45 de la Ley 1474 de 2011, existen particulares que también son destinatarios de la ley disciplinaria, en virtud de un vínculo contractual estatal, así: *“Artículo 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así: El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría y supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con éstas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. Se entiende que ejercen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

Administran recursos públicos aquellos particulares que recauden, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que éstas últimas han destinado a su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de

los miembros de la Junta Directiva”.

En cuanto a los particulares que prestan los servicios públicos previstos en el artículo 366 constitucional, como salud, educación, saneamiento básico y ambiental, es claro que estos sujetos reciben encargos o responsabilidades públicas en virtud de un convenio administrativo conforme al artículo 210 constitucional y la Ley 489 de 1998, así como en virtud de contratos estatales como en el caso del servicio de seguridad social en salud – Ley 100 de 1993-el servicio de educación- Ley 30 de 1992, Ley 115 de 1994 y Ley 715 de 2001-, saneamiento básico conforme a la Ley 142 y 143 de 1994 , Ley 689 de 2000, y saneamiento ambiental- Ley 99 de 1993-. Así las cosas, tenemos que los particulares si son sujetos del derecho disciplinario cuando es la misma ley la que ha previsto que se les puedan asignar funciones inherentes al Estado para que actúen como agentes prestatarios, pues así lo expresó la Corte Constitucional: *“En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, “presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política” contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador”.*

3.-Las faltas disciplinarias gravísimas de los interventores conforme al numeral 11 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 45 de la Ley 1474 de 2011.

Dispone que le son aplicables las faltas disciplinarias previstas para los servidores públicos dispuestas en los numerales 2,3,14,15,26,18,19,20,26,27,28,34,40,42,43,50,51,52,55,56, y

parágrafo cuarto del artículo 48 en cuanto sea compatible con la función, esto es:

2º.- Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

3º. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que ésta tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, e a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

18º.- Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en las normas vigentes.

19º.- Amenazar, provocar o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a las funciones.

20º.- Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen

destinación específica en la Constitución o en la Ley.

26°.- No llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, ni los de contabilidad financiera.

27°.- Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

28°.- No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.

34°.- Numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, modificado por el párrafo 1° del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, así: Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. *“La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de

los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando tal incumplimiento se presente...

“No exigir, el supervisor o 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 haya sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”.

CONCLUSION CAPÍTULO TERCERO.

Es de suma importancia, que como operadores jurídicos disciplinarios o como sujetos del Código Disciplinario Único conozcamos los distintos regímenes, que integran el derecho público de los contratos estatales, en tanto nos permite actuar bajo la certeza jurídica de estar cumpliendo con el principio de legalidad contractual, es decir, al elaborar las providencias disciplinarias actuaremos con la seguridad de que se aplicó o inaplicó el régimen de contratación que correspondía según ley, así como también los asesores, gestores o defensores en los procesos penales y disciplinarios.

Lo anterior, no es suficiente, pero sí necesario para conocer la naturaleza y alcance de cada una de las normas de contratación estatal, ya que como habíamos señalado existen normas principios y otras reglas de contratación, con alcances distintos, de tal manera que de la certeza en su aplicación depende que estemos observando de manera adecuada el ordenamiento jurídico o estemos incurriendo en alguna causal de nulidad del contrato, o en alguna irregularidad que de lugar a la configuración de un delito de contratación indebida o de una falta disciplinaria gravísima de carácter contractual.

Es por ello, que hemos hecho el esfuerzo para identificar una metodología para la aplicación de las normas principios y reglas del derecho público de los contratos estatales, ya que si se confunden, el operador jurídico y/o el juzgador disciplinario estaría incurriendo en yerros jurídicos en la administración de justicia disciplinaria, que no sólo desgastaría al Estado, sino que de paso vulneraría los derechos fundamentales del investigado ya que en el control

contencioso administrativo devendría la nulidad del acto administrativo sancionatorio.

Así mismo, es importante precisar que si bien la Ley 80 de 1993 constituye el régimen general de contratación, y que existen otros contratos estatales a quienes en principio no se les aplica, es necesario señalar que estos regímenes especiales sólo contienen procedimientos de formación del contrato, por lo que ante los vacíos regulatorios debemos acudir al régimen general de la contratación. Es así como debemos acudir al ECE para efectos del régimen genérico de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, así como para la definición de las cláusulas excepcionales en la contratación, la prohibición del pago anticipado o el anticipo en mas del 50% del valor total del contrato.

En cuanto tiene que ver con los sujetos contractuales disciplinables, es necesario precisar que no sólo son destinatarios del CDU los servidores públicos en sus distintas modalidades, cuando incurran en conductas contractuales en razón o con ocasión del contrato estatal, sino que también lo son los particulares que presten los servicios públicos de educación formal; de salud en sus distintos niveles, saneamiento básico: acueducto, alcantarillado y aseo; y saneamiento ambiental, pues es evidente que como quiera que estamos en una economía de mercado, el Estado presta un servicio dentro de un régimen de libre competencia en igualdad de condiciones con los particulares. Siendo así, la infracción al deber en la prestación de estos servicios por parte de los servidores públicos constituyen faltas disciplinarias; en el mismo sentido la infracción del deber en la prestación de los mismos servicios por parte de los agentes prestatarios privados deben constituir faltas disciplinarias, ya que afectan en la misma dimensión e intensidad la correcta y adecuada marcha de la gestión pública estatal que es el

interés público afectado y que tutela el derecho disciplinario.

Si una institución de educación superior de carácter público gradúa a una persona como médico cirujano, sin haber cumplido con el plan de estudios, no sólo compromete los principios constitucionales de la función administrativa estatal, sino que pone en riesgo la salud pública, y con ella se afecta la correcta y adecuada marcha de la gestión pública con la misma intensidad que si quien otorga el diploma profesional es una institución de carácter privado. Así mismo, ocurre con la infracción al deber de prestar el servicio público de urgencia hospitalaria, que se afecta con la misma intensidad tanto en los centros asistenciales públicos o privados en cuanto ponga en peligro la vida de los usuarios. De la misma manera, afecta el interés jurídico estatal de la continuidad, neutralidad, eficiencia en la prestación de los servicios públicos de aseo, acueducto, alcantarillado y saneamiento ambiental cuando se interrumpe de manera dolosa o con culpa gravísima o grave la prestación del servicio por parte de agentes prestatarios públicos o privados.

La diferencia radica en que los particulares sólo responden por faltas disciplinarias gravísimas previstas en el artículo 55 del Código Disciplinario Único, modificado por el artículo 45 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, su único juez disciplinario es la PGN, y las sanciones son multas de diez a cien salarios mínimos mensuales vigentes, e inhabilidad para ejercer funciones públicas o suscribir contratos con el Estado de uno a veinte años. Las faltas leves y graves de estos particulares si son disciplinables, pero no conforme a la Ley 734 de 200, sino conforme a los reglamentos internos de trabajo que deben ser aprobados por las autoridades del trabajo.

Los sujetos del derecho disciplinario en relación a los contratos estatales, se concretiza en todos aquellos destinatarios del ejercicio de la titularidad de la potestad y de la acción disciplinaria, así:

a.- Los servidores públicos autores y coautores de las conductas descritas como faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves, conforme a la Ley 734 de 2002, esto es, quienes en virtud de la norma jurídica que fija la estructura, organización y funcionamiento, y conforme al manual de funciones, establece los deberes funcionales contractuales de cada servidor público que en desarrollo de sus competencias participa en la actividad precontractual, de ejecución contractual y postcontractual.

b.- Los servidores públicos autores y coautores de conductas descritas como faltas disciplinarias que participan en la actividad precontractual, contractual y poscontractual en calidad de representantes legales o jefes de las entidades públicas u organismos de las administraciones públicas contratantes o contratistas en los casos de los contratos y convenios interadministrativos, en virtud del principio de responsabilidad previsto en la Ley 80 de 1993, las facultades de ordenación del gasto contractual previstas en las normas administrativas y presupuestales nacionales, departamentales, distritales y municipales.

c.- Los servidores públicos autores, coautores de conductas descritas como faltas disciplinarias de las entidades públicas no teniendo funciones contractuales específicamente definidas en el manual de funciones de la Entidad o en la norma jurídica que así lo determina, si tienen

asignadas funciones administrativas generales en las distintas dependencias de la Entidad encargadas de participar o intervenir en algunas de las actividades precontractuales, contractuales y postcontractuales y en virtud de ellas le encargan de proyectar un acto administrativo, revisar y elaborar un estudio previo, de oportunidad y conveniencia, de justificación y necesidad de la contratación, estudio soporte del restablecimiento de la ecuación contractual, de una adición, de un contrato adicional, o de mayores cantidades de obra, así como de un acta de reconocimiento, de liquidación etc. A estos servidores públicos se les puede denominar autores o coautores, ya como determinadores, partícipes o intervinientes de la actividad precontractual, de ejecución contractual o postcontractual.

d.- Los servidores públicos que integran los Comités de Adjudicaciones, o de las juntas de licitaciones, contratos y adquisiciones como les denominan algunas entidades, de los comités de evaluación de las ofertas en su componente legal, técnico o financiero. Allí, se toman decisiones colegiadas por ser organismos plurales, y si las decisiones son inánimes deberán responder todos teniendo en cuenta la calidad y las funciones en que concurren al Comité, esto es si la decisión investigada tienen como soporte estudios técnicos y financieros, desde luego la mayor responsabilidad será de quienes representan en el mencionado comité las áreas encargadas de éstos asuntos. Pero habrá de tenerse en cuenta que no habrá responsabilidad de quien salvó el voto en una decisión tomada en Comité. Si bien la responsabilidad del representante legal o del jefe del organismo que contrata no puede delegarse en Comités como lo señala la Ley 80 de 1993, ello no sustrae al Comité de responder disciplinaria y penalmente cuando tome decisiones que impliquen determinación, participación e intervención en la actividad de la gestión de los contratos.

e.- De conformidad con el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, modificatorio del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 los consultores en todas sus modalidades y los asesores externos, son sujetos de la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría; es decir, conforme al numeral 2 y 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y Los contratistas de asesoría externa, denominados por el artículo 82 del decreto 2474 de 2008, contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con obligaciones en relación a la participación en la actividad precontractual, contractual y poscontractual de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas, quienes son sujetos del derecho penal en calidad de autores, coautores, determinadores o intervinientes, que para efectos de la responsabilidad penal se equiparan a servidores públicos; mientras que desde la óptica del derecho disciplinario y fiscal son sujetos de responsabilidad disciplinaria y del control fiscal como partícipes de la actividad precontractual, contractual o poscontractual. De allí que todos los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios profesionales o de asesoría especializada, cuyo objeto u obligaciones implique el desarrollo y cumplimiento de actividades que implique la elaboración de estudios, conceptos, evaluaciones en cualquiera de las etapas del contrato estatal, debe implicar el desarrollo de actividades, deberes o funciones públicas, de lo contrario el contrato estaría viciado de nulidad absoluta por falta de los requisitos esenciales, al tiempo que estaría incurso

en un delito y en falta disciplinaria quienes así lo celebren. Sin embargo, por disposición del artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, la sola naturaleza del contrato de consultoría y de asesoría externa, desde el punto de vista jurídico hace sujeto a la persona natural que lo celebre o al representante legal y a los miembros de la Junta Directiva, sujeto del derecho disciplinario, penal, fiscal y de la responsabilidad civil contractual.

Conforme al numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los consultores sujetos del derecho disciplinario, penal, fiscal y civil, son aquellos que en el objeto y obligaciones generales y especiales de los respectivos contratos estipulan lo siguiente: *“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”...*

Así mismo, el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, dispone que *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso éstos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

Conforme al artículo 82 del Decreto 2474 de 2011, *“Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la personas natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad”.

f.- Los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades contratantes están integradas por servidores públicos y por particulares. De allí que si bien éstos consejos directivos no pueden intervenir en actividades específicas de contratación por disposición de la Ley 80 de 1993, no es menos cierto que si les corresponde fijar la política de las entidades, hacerle seguimiento, aprobar y hacer adiciones en su presupuesto, aprobar los planes y proyectos, exigir informes y resultados al Gerente, Director o Presidente del organismo, autorizar la delegación, desconcentración y realización de convenios. En este caso, cada decisión de la Junta o Consejo Directivo, con excepción de quien salve el voto, se tendrá como partícipe o interviniente de la actividad contractual, ya sea por omisión o por acción en cualquiera de sus etapas, siempre que como consecuencia de la conducta plural, colectiva o colegiada se contribuya a la realización de una falta disciplinaria.

g.-Lo mismo ocurre con los miembros de corporaciones públicas, tales como concejos y asambleas, que si bien son servidores públicos, los responsables directos de la actividad

contractual, son el Presidente de la Corporación y los miembros de la Junta Directiva. Sin embargo, los concejales y diputados que no ostenten la calidad de miembros de la mesa directiva o de Presidente de la Corporación podrá ser autor, coautor, interviniente, determinador o partícipe, de la actividad contractual de la respectiva corporación o de cualquier otra entidad pública, en la medida en que abusando de su investidura incurriendo en tráfico de influencia participe en la gestión de alguna actividad contractual, nacional, distrital, departamental o municipal, lo que aplica en igual sentido a los Senadores y Representantes a la Cámara, lo que implica que además de estar incurso en una falta disciplinaria, en un delito y un eventual proceso de responsabilidad fiscal, estaría incurso en una causal de pérdida de investidura, consistente en la gestión directa o indirecta de negocios donde tenga interés propio o de un tercero.

h.- Los interventores de los contratos por disposición de la Ley 734 de 2002, modificado por los artículos 44 y 45 de la Ley 1474 de 2011, pero también los particulares que ejerzan las obligaciones, deberes, competencias y funciones de supervisión, seguimiento, control y coordinación de los contratos y convenios de las administraciones.

TÍTULO SEGUNDO
EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA
PRECONTRACTUAL, DE PREPARACIÓN O FORMACIÓN
DEL CONTRATO ESTATAL

El contrato estatal como institución del derecho público, que tiene inmerso el principio de la autonomía de la voluntad de las partes tiene un procedimiento reglado de formación, que va desde la planeación del contrato hasta su adjudicación. Allí surge la primera diferencia entre el contrato de los particulares a los que se les aplica el derecho privado, con los contratos estatales a los que se les aplica o el derecho público o el derecho privado; y es que sin importar el régimen jurídico aplicable, el sólo hecho que en un contrato las partes sean particulares o que uno sea público y el otro particular tienen alcances e intereses distintos que proteger.

En los contratos de los particulares opera el principio de autonomía de la voluntad de las partes en toda su dimensión, y las partes podrán contratar conforme a los elementos esenciales de los contratos como capacidad, objeto, causa lícita, precio y consentimiento, pactando todas las estipulaciones siempre que no estén prohibidas. Los contratos estatales, en el procedimiento de formación, en la suscripción, ejecución y negociación de sus estipulaciones también opera el principio de la autonomía pero no con toda la dimensión del derecho privado sino con los límites que le impone los principios contenidos en el derecho público de los contratos estatales. Así, debe garantizarse el principio de publicidad, transparencia, selección objetiva, celeridad, eficiencia, eficacia, igualdad, moralidad en la selección del contratista público, de tal manera

que el Estado contrate la mejor propuesta y la que más satisfaga los intereses de los administrados.

Esos límites que le impone el Estatuto de Contratación Estatal a la etapa precontractual están debidamente protegidos por los múltiples controles previstos en el ordenamiento jurídico, tales como el disciplinario, el penal, el fiscal y el contencioso administrativo. En lo que al control disciplinario respecta, se observa que el Código Disciplinario Único ha descrito en su artículo 48 las conductas ilícitas pre-contractuales como faltas disciplinarias gravísimas, dejando poco espacio a faltas disciplinarias graves o leves de naturaleza contractual, que desde luego existen por dos razones: De una parte, porque las faltas disciplinarias gravísimas realizadas con culpa grave, se sancionan como faltas graves, y de otra porque existen conductas contractuales cuyos descriptores no se adecuan a los previstos en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, pero sí a los deberes y prohibiciones establecidos en los artículos 34 y 35 *Ibídem*.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS ESTATALES

Al referirnos a la debida preparación, selección, y suscripción de los contratos estatales, estamos haciendo mención al principio de las relaciones especiales de sujeción que existen entre los sujetos disciplinables contractuales ya como servidores públicos o como particulares y el Estado. En desarrollo de estas especiales relaciones, encontramos que si la Administración realiza conforme a derecho la fase o etapa precontractual, habrá asegurado la legalidad del contrato; ya que de una parte el contrato no estará incurso en causal de nulidad, o en causal de nulidad de alguno de los actos administrativos previos al contrato que más tarde permita la terminación unilateral del mismo; sino que también blinda de seguridad jurídica los actos de los sujetos contractuales, de tal manera que no se incurra en faltas disciplinarias, como tampoco en delito de celebración indebida de contratos.

Es por ello, que planteamos la necesidad de profundizar sobre el contenido y alcance de cada uno de los institutos de la fase precontractual, que va desde la aplicación de las normas principios y reglas de contratación, como la ejecución de cada una de las actuaciones administrativas. El primer problema que debe enfrentar el contratante público luego de identificar la solución a la necesidad que debe satisfacer, es establecer bajo qué condiciones, términos y procedimientos debe contratar, teniendo en cuenta que en razón al objeto del contrato, a la cuantía, a circunstancias de excepción o en atención a la naturaleza jurídica del contratante o contratista existen múltiples regímenes de contratación.

1. Faltas disciplinarias y procedimientos de selección de contratistas estatales.

En ocasiones, las administraciones públicas contratan por procedimientos diferentes al previsto en la ley, no de mala fe si no porque debido a la complejidad del derecho público de los contratos estatales existen aproximadamente, treinta y cinco regímenes de contratación en el ordenamiento jurídico disperso, debido a que el Congreso de la República no agotó su facultad de regular los contratos estatales con el ECE, y por ello cada ley que expide el legislador normalmente regula o sustrae un contrato o entidad pública del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, que dada la inmediatez entre el contrato y la vigencia de la nueva regulación, de manera razonable nos pondría en evidencia un error de derecho en su aplicación. En toda etapa precontractual sin importar el procedimiento que se adelante como lo plantea el profesor Expósito Vélez, debe garantizarse la realización de los principios generales de la función administrativa previsto en el artículo 209 constitucional, así:

El principio de legalidad contractual es la sujeción de la actividad contractual de la administración al régimen jurídico que le sea aplicable en razón a la cuantía, al objeto del contrato o a la naturaleza jurídica del contratante o contratista. *El principio de interés público* constituye la causa jurídica de todos los contratos de la administración, en tanto es el compañero permanente de todos los actos previos en razón y ocasión del contrato estatal como en la ejecución de todas las estipulaciones, ya que el contrato estatal sino tiene respaldo en el interés público, el Estado no estará legitimado para comprometer sus recursos en un objeto cuyo interés no constituye uno de los fines esenciales del mismo. De allí, que cuando los contratos estatales no sean conforme al

interés público deben renegociarse, darse por terminado de mutuo acuerdo o unilateralmente como lo señala el mismo ECE; de allí que un contrato que inicialmente estaba conforme al interés público y posteriormente por circunstancias sobrevinientes atentan contra este, por sustracción de materia el contrato se encuentra en circunstancias distintas que implican su renegociación o terminación.

El principio de igualdad en materia de contratación, encuentra fundamento en el artículo 209 constitucional en cuanto a principio; y en el artículo 13 *Ibídem* en cuanto a derecho fundamental que se traduce en la garantía de las personas a concurrir en igualdad de condiciones u oportunidades a un proceso selectivo siempre que se reúnan los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, *el principio de seguridad jurídica* debe ser una garantía para el administrado y para el servidor público que actúa como operador jurídico, ya que coloca a las partes del contrato frente a una misma posición, y es la certeza de que se está actuando conforme a la norma vigente; lo que implica que dentro de un régimen preventivo se pueda sanear el contrato de nulidades y de vicios de los actos administrativos contractuales, así como de faltas disciplinarias gravísimas de naturaleza contractual y de delitos contra el patrimonio público, contra la administración pública y de delitos de contratación indebida.

El principio de buena fe y equidad, que consiste en obrar con el ánimo de no causar daño al otro, actuando de manera clara, precisa, concreta y oportunamente, que se presume de conformidad con el artículo 83 constitucional y 769 del C.C y el artículo 835 del CCo, de donde se desprenden reglas que lo desarrollan, tales como la del respeto recíproco que consiste en reconocer al otro en la misma condición en que me reconozco a mi mismo; la de la confianza

legítima o recíproca que consiste en esperar del otro lo mejor y ofrecer a él lo mejor de sí; la prohibición de obrar contra los actos propios según la cual una parte no puede demandar sus propios actos alegando vicios o nulidades inducidas por él mismo; el error común hace derecho cuando el contratante no puede tener más diligencia que la que exige una persona normal; y el cumplimiento de las cargas negociales entre quienes tienen información privilegiada, secretos y la de custodia.

El principio de buena fe se aplica en la contratación estatal, cuando las partes tienen el deber de dar información a los contratistas u oferentes – artículos 24.2 y 24.3 del Estatuto de Contratación Estatal -; en la obligación de mantener en secreto información privilegiada- artículo 24.24 Ibídem; en la obligación que tiene el contratista de custodiar los bienes que a el entregue el contratante etc. La equidad por parte tiene un hilo conductor permanente con el principio de la buena fe, y consiste en la aplicación de la noción, sentido y criterio de justicia en un caso concreto aplicando la norma en un plano de igualdad de tal manera que su aplicación no implique el desconocimiento de los derechos de los demás.

El principio de moralidad administrativa, está integrado por el conjunto de reglas que rigen una sociedad política y administrativamente organizada, conforme a valores y principios consagrados en sus ordenamientos jurídicos. En el caso de la contratación estatal, los valores y principios que la sociedad quiere mantener están regulados en la Constitución en los artículos 2º, 13 y 209 desarrollados por la Ley 80 de 1993, de tal manera que en la gestión de la actividad contractual de la administración los servidores públicos y los particulares actúen conforme a esos valores considerados como moral pública, que de desconocerse atentan contra

la legitimidad misma del Estado.

El principio de eficacia administrativa, en materia contractual consiste en que la administración pública y el contratista particular cuando contratan debe garantizar que con la ejecución y puesta en marcha del objeto del mismo debe satisfacerse de manera material y efectiva la necesidad pública. Así la administración pública será eficaz, si lo son todas las actuaciones que condujeron al Estado a celebrar válidamente el contrato, a ejecutarlo, liquidarlo y a operar su objeto; pero si por el contrario la licitación pública se frustra por alguna circunstancia, estaríamos frente a una gestión precontractual ineficaz porque no culminó con la adjudicación, suscripción, ejecución y liquidación del contrato; aunque si es por causas ajenas a la administración será una ineficacia excusable, pero si es a ella atribuible es inexcusable.

Por su parte, el *principio de eficiencia administrativa contractual*, consiste cuando la administración pública se alinea desde todos los frentes debidamente interconectados a fin de adelantar una gestión contractual adecuada, tal como revisar la vigencia de las pólizas, la hoja de ruta de los contratos, la liquidación de los contratos etc. *El principio de celeridad administrativa*, está comprendido dentro del principio de economía entendido en una dimensión temporal, ya que en la fase de preparación del contrato la administración tiene el impulso oficio de todas las actuaciones, de tal manera que se realice conforme a los parámetros previstos en los términos de referencia o pliego de condiciones, y para ello debe eliminar trámites innecesarios, la abolición de autenticaciones no exigidas por la ley y de requisitos que no exigen las normas contractuales etc.

El principio de imparcialidad contractual, es la garantía del administrado de que los servidores públicos en desarrollo de la actividad estatal actuarán conforme a la objetividad que conduce a seleccionar la oferta o propuesta más ventajosa al Estado y por ende al interés público. La imparcialidad supone un tratamiento y respeto por todas las personas en igualdad de condiciones sin discriminación alguna, de tal manera que el acceso a un contrato estatal este exento de consideraciones políticas, sexo, raza, religión, amistad etc.

El principio de contradicción contractual, encuentra fundamento en el artículo 29 constitucional, y consiste en la posibilidad que tienen los eventuales oferentes de intervenir en el etapa precontractual, formulando observaciones al proyecto de pliegos de condiciones o de términos de referencia, solicitando aclaración de los mismos, inaplicación de reglas de los términos o pliegos por ineficacia cuando sean contrarias a la ley, interviniendo en la audiencia de aclaración de pliegos y términos de referencia y en la visita al lugar de la obra o donde se prestará el servicio si así los exige la entidad.

Así mismo, el principio de contradicción debe garantizarse en todas las etapas de la contratación, cuando se interponen los recursos de la vía gubernativa, cuando se objetan los peritajes sobre el objeto del contrato ejecutado o en ejecución, en la liquidación de los contratos y definición de las mayores cantidades de obras de servicios prestados cuando esto se presenta. Por último, encontramos el *principio de responsabilidad contractual*, que no sólo tiene alcances para las partes contratantes frente al control judicial del contrato ya sea ante la justicia contenciosa administrativa o ante el juez ordinario, sino también ante el juez penal, disciplinario, el juez de repetición y de control fiscal, ya que esta responsabilidad puede ser

política del gobierno nacional, departamental, municipal ante el Congreso, Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente; pero también patrimonial de los sujetos contractuales entre sí, resarcitoria entre los sujetos contractuales y el Estado, y sancionatoria frente al derecho penal y disciplinario.

1.1 Las faltas disciplinarias en la Licitación Pública como modalidad y/o procedimiento administrativo especial de selección de contratistas estatales.

Luego de precisar el alcance de las normas principios y reglas en materia de contratación estatal, se hace necesario determinar cuáles son las exigencias legales para la selección de un contratista público, que por disposición del numeral 1º del artículo 24 del ECE en principio podemos afirmar que siempre debe ser mediante el procedimiento de licitación pública o concurso de méritos. La Licitación Pública es el procedimiento administrativo, público y especial que se constituye en la regla general para para la escogencia del contratista estatal, salvo que por la cuantía y la naturaleza del objeto del contrato y de las necesidades inminentes de la administración, el procedimiento de escogencia del contratista sea excepcional, tales como el concurso de méritos para las distintas modalidades del contrato de consultoría, la selección abreviada y la contratación directa.

El primer principio de contratación estatal, de creación doctrinal y jurisprudencial comprometido en la gestión de la actividad contractual de las administraciones públicas es el de planeación, que si bien no está expresamente definido en el ECE como tal, está contenido dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales previstos en el artículo 4º de la Ley

80 de 1993 y en el artículo 14 Ibídem, como los medios que puede utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Planear el contrato estatal es proponerse unos objetivos y metas, dentro de los cuales está el procedimiento para seleccionar el contratista, para suscribir el contrato, verificar los requisitos previos a la ejecución, iniciar y culminar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y liquidarlo.

La planeación del contrato estatal a partir de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 152 de 1994 comienza desde la expedición del plan nacional de desarrollo y de los planes estratégicos de las entidades territoriales, que es donde en la parte general se incluyen los proyectos de obras y servicios, para financiarlos con el plan de inversiones. Luego, como quiera que dichos planes son plurianuales, es el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales quienes en los presupuestos de gastos y rentas para cada vigencia fiscal del 1° a 31 de diciembre de cada año, realizan e incorporan las apropiaciones presupuestales para financiar los planes y proyectos tanto de la Nación, como de los departamentos, municipios y distritos respectivamente.

Los artículos 209, 339, 341 y 253 de la misma Constitución Política y la Ley orgánica del presupuesto – decreto 111 de 1996- le asigna la competencia a las entidades estatales previstas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, para que suscriban todos los contratos que demande la ejecución de los presupuestos de estas. De allí, que el único contrato que se puede suscribir y que no encuentra su origen en los planes de desarrollo y los respectivos presupuestos, es aquél que se suscribe previa declaración de urgencia manifiesta, porque precisamente por lo imprevisible e intempestiva de la causa, este se suscribe de manera reactiva para enfrentar una

necesidad pública inesperada y que en condiciones normales es imposible prever.

Por lo anterior, encontramos que en virtud del *principio de planeación* regulado de manera dispersa pero determinable en el Estatuto de Contratación Estatal , es indispensable para adelantar un proceso selectivo de manera válida lo siguiente: a) De conformidad con el artículo 25, numerales 6º, 7º, 11, 12, 13, 14, del ECE, es necesario para ordenar la apertura de la licitación, concurso público o el procedimiento de contratación directa lo siguiente:

- 1) **La existencia de la disponibilidad presupuestal** debidamente acreditada y expedida por la autoridad financiera o de presupuesto de la entidad, o por la autoridad encargada de certificar la vigencia futura para contratar.
- 2) Así mismo, es necesario que se acompañe al expediente del futuro contrato, el **estudio de oportunidad y conveniencia**, que consiste en el análisis del objeto de la obra, bien o servicio que se va a contratar, el alcance de los mismos, la conveniencia pública de realizar la inversión, la viabilidad del proyecto y la escogencia del momento cronológico en que se debe iniciar la selección del contratista, su ejecución, recibo y puesta en marcha o funcionamiento de la obra, servicio público o suministro del bien. El estudio de oportunidad y conveniencia, es la motivación y fundamento de la decisión de suscribir el contrato estatal y en él debe estar todos los componentes de la planeación del contrato, de tal manera que cuando deba adelantarse una investigación disciplinaria o penal con ocasión del contrato, el estudio de oportunidad y conveniencia desvirtúe por si sola la eventual responsabilidad disciplinaria de los investigados.

En el evento en que el estudio de oportunidad y conveniencia no esté formalmente elaborado, pero es evidente la necesidad de la suscripción del contrato y se trata de urgencia manifiesta, el agente en este caso no ha incurrido en falta disciplinaria alguna; pero si se trata de una contratación ordinaria, no se habrá incurrido en falta disciplinaria gravísima puesto que si bien la necesidad no está contenida formalmente en un documento, basta con que se demuestre por cualquier medio probatorio que el objeto del contrato, sus características, cantidad, calidad si lo requería la Entidad. Pero, podría estar incurso en falta disciplinaria leve o grave si aún demostrándose la necesidad del contrato, de todas maneras no se encuentra consignado formalmente en el estudio de oportunidad y conveniencia de manera previa a la apertura del proceso selectivo, sin justificación alguna.

- 3) **Autorización para contratar.** Una vez se haya aprobado el estudio de oportunidad y conveniencia por parte de las autoridades correspondientes, debe solicitarse la autorización para contratar que en tratándose de la Nación, el Congreso de la República, la Ley de presupuesto de cada vigencia fiscal faculta al Gobierno Nacional y a todas las entidades con competencia para contratar a suscribir todos los contratos que demande la ejecución del mencionado presupuesto. En tratándose de los departamentos y municipios la competencia para contratar es regulada por las asambleas y los concejos distritales y municipales que mediante ordenanzas o acuerdos le dan amplias facultades a los alcaldes y gobernadores, o se las limitan hasta una cuantía determinada para que de allí en adelante les soliciten facultades expresas para contratar. Lo mismo ocurre, con las juntas o consejos directivos de las empresas estatales cuando los estatutos les autorizan conceder facultades a los gerentes, directores o presidentes para contratar.

- 4) **Los estudios y requisitos previos para la apertura del proceso selectivo depende de cada objeto en particular.** Si son obras, bienes o servicios se requiere el estudio de prefactibilidad, factibilidad del proyecto, diagnósticos, estudio de suelos, estudio de mercados para determinar los precios con los que se va a contratar, los diseños, estudios técnicos, estabilidad y garantía de la calidad de los objetos a contratar, maquetas, la estructuración legal, técnica y financiera etc.
- 5) Así mismo, si de conformidad con el ordenamiento jurídico se requiere de **licencia ambiental en el caso de las obras, licencias de urbanismo o de construcción, o en su defecto el estudio del impacto ambiental negativo** que pueda causar la rehabilitación o mantenimiento de la obra al medio ambiente, y las medidas de prevención y rehabilitación para la sostenibilidad ambiental, procederá a solicitarse ante la autoridad ambiental los correspondientes permisos y licencias de manera previa.
- 6) **La adquisición de los predios para la construcción de la obra pública,** pero en el evento en que los inmuebles hayan sido declarados de utilidad pública mientras se realiza la enajenación voluntaria y los procesos de expropiación con solicitud de entrega anticipada del bien, se puede comenzar la obra pública cuando esta sea un bien fiscal de uso público como troncales, malla vial primaria y secundaria.
- 7) De conformidad con el artículo 24 y 26, numeral 3º del ECE, una vez se cuente con los anteriores requisitos, la entidad estatal deberá proceder a establecer cuál es el

procedimiento de selección del contratista, ya sea licitación o concurso público o contratación directa. Luego debe proceder a diseñar y elaborar los pliegos de condiciones y términos de referencia, para lo cual deberá publicarlos para que tenga acceso a ellos la comunidad en general y los eventuales oferentes, y de esa manera puedan sugerir observaciones cuando quiera que contenga regulaciones contrarias a la ley o sean inconvenientes para los intereses públicos.

Los pliegos de condiciones, se pueden definir como actos administrativos de carácter general que expide la administración con el fin de señalar las reglas del procedimiento selectivo y del futuro contrato, y cuyo contenido es la particularización de las exigencias de los estudios de oportunidad y conveniencia, de los estudios, diseños y especificaciones técnicas que exige la obra, bien o servicio en razón a la necesidad pública que se pretende satisfacer.

Así mismo, las reglas de escogencia del contratista deben regularse en función de las especificaciones objetivas del objeto del contrato, y es por ello que cuando se diseñan pliegos para direccionar un contrato a un oferente en particular, se está comprometiendo la eficacia del contrato y se afecta la eficiencia, imparcialidad, la moralidad administrativa y la garantía de la necesidad pública a satisfacer, debido a que se está soslayando el interés público en general, para hacer prevalecer el interés de un oferente en particular.

El principio de transparencia, es el de mas importancia en la etapa de selección de los contratistas, tanto de licitación o concurso como de contratación directa, ya que compromete otros principios como el de imparcialidad y el deber de selección objetiva, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación estatal, y la escogencia objetiva de los contratistas conforme a la propuesta que formule a la administración. El principio de transparencia conforme al artículo 24 del ECE, exige que todos los contratos de la administración salvo los de contratación directa, debe suscribirse previa selección del contratista mediante licitación pública o concurso de méritos.

En virtud del principio de transparencia todos los interesados en los procesos contractuales, tienen el derecho a que se les de a conocer y controvertir todos los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual la administración establecerá etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones; así como las actuaciones de las autoridades deben ser públicas, y los expedientes que las contengan deben permanecer abiertos y a disposición del público, permitiendo en el caso de la licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 constitucional que le permite al Contralor General de la República y a los contralores territoriales solicitar al adjudicación de los contratos en audiencia pública, ya sea de oficio o a petición de los oferentes o de miembros de organizaciones no gubernamentales.

De otra parte, las autoridades públicas en virtud del principio de transparencia expedirán las copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen las patentes, procedimientos y privilegios que soliciten las personas que demuestren interés legítimo

en ellas. Así mismo, las entidades públicas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, están obligadas a reglamentar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, señalando quiénes pueden participar; la definición de las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, de tal manera que le garanticen a la administración la escogencia o selección de la propuesta objetiva mas favorable, evitando que se declare desierta la licitación pública o concurso de méritos.

La administración contratante al diseñar los pliegos de condiciones y términos de referencia, debe definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, evitando incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, pues las normas de los pliegos y términos deben definir reglas que no induzcan en error a los proponentes y contratistas, que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. De otra parte, los pliegos deben establecer de manera expresa los plazos para la liquidación de los contratos, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía; así como la obligación de señalar las reglas de adjudicación del contrato en todos los avisos de publicación que se hiciera por cualquier medio, a mas de la prohibición de publicar en los avisos e informes, referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público. Con todo, la administración está obligada a inaplicar todas las reglas de los pliegos de condiciones y términos de referencia y de los contratos que contravengan las normas previstas en el artículo 24 del ECE que regulan el principio de transparencia, o que dispongan

renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados, dado que son ineficaces.

Como quiera que el ECE es un régimen jurídico de principios, contrario a lo estipulado en el decreto 222 de 1983, este regula las cuantías en salarios mínimos mensuales vigentes teniendo en cuenta el presupuesto de cada una de las entidades estatales contratantes, ya que esto permite de manera razonable que cada entidad tenga su propia menor y mayor cuantía en razón a los recursos asignados, pues existe una relación directa entre estos y los bienes y servicios que debe contratar. En cuanto a los salarios mínimos, es una técnica legislativa que impide que el Congreso de la República periódicamente deba determinar la cuantía impidiendo la desactualización de las cuantías, con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues si lo establece en salarios mínimos, el dinero mantiene su poder adquisitivo, y las autoridades del trabajo al fijar el valor del salario mínimo mensual cada año, automáticamente está ajustando las mencionadas cuantías, que no sólo se hace por el monto del salario mínimo vigente, sino también por el presupuesto de estas que puede aumentar o disminuir. Es así, que cuando una autoridad suscribe varios contratos por un mismo objeto, técnicamente habrá fraccionado el contrato por la ruptura de la unidad del objeto contractual, pero jurídicamente habrá vulnerado el principio de transparencia, conforme el artículo 24.8 del ECE.

Los actos administrativos que expida la administración contratante en razón o con ocasión de la contratación estatal salvo los de mero trámite, deben ser motivados en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia, evitando que las autoridades incurran en desviación o

abuso de poder, y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, estándoles expresamente prohibidos eludir los procedimientos de contratación previstos en el ECE.

Como quiera que el principio de planeación no encuentra definición concreta en la Ley 80 de 1993, ni en norma contractual alguna, desde el punto de vista de la responsabilidad penal y disciplinaria, para poder adecuar la conducta contraria a la planeación contractual e identificar el tipo o falta disciplinaria y el delito específico, debe procederse a adecuarlo a las reglas de planeación del contrato, que se encuentran identificadas como derecho y deberes de las entidades contratantes y de los contratistas.

De allí, que existan reglas de planeación del contrato que serán falta disciplinaria gravísima por la descripción específica contenida en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es decir, porque el Estatuto General de Contratación lo denomine específicamente como norma de planeación del contrato, o porque tenga descripción específica en el CDU, como falta disciplinaria gravísima. De lo contrario, al operador disciplinario le corresponde adecuar la conducta, al las faltas disciplinarias leves o graves contenidas en los artículo 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, por estar descritas específicamente en ellas. Así las cosas, si el operador encuentra que una conducta hace parte de la racionalidad de la planeación, no le es dable estructurar la falta disciplinaria, como vulneración al principio de planeación, pues los tipos disciplinarios son de creación legal, y las remisiones a las normas en blanco lo son por autorización legal, y no puede ser un asunto facultativo de quien aplica la norma disciplinaria, porque asumiría no un rol de juez disciplinario, para asumir el rol de creador de derecho y en este caso de legislador de tipos

disciplinarios en cada caso concreto.

El principio de economía en la etapa precontractual, consiste procurar obtener el mayor beneficio social que pueden recibir el interés público con la maximización en la utilización de los recursos invertidos en los procedimientos contractuales, buscando su agilidad; para lo cual el ECE ha eliminado trámites engorrosos, requisitos y autorizaciones innecesarios que encarecen y dilatan injustificadamente la actuación contractual. El artículo 25 del ECE establece términos preclusivos y perentorios para realizar o adelantar el procedimiento de selección del contratista, lo cual implica que para que los actos administrativos sean válidos deben estar conforme al procedimiento y los términos previstos en los pliegos y términos de referencia, que de ejecutarse en la forma planeada le ahorra costes a la administración no sólo en tiempo sino también expresado en recursos económicos y capital social.

Conforme al artículo 25 del ECE, la administración en la ejecución de las normas de selección y en aplicación de los pliegos de condiciones y términos de referencia, procurará cumplir y establecer los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta mas favorable; para lo cual debe señalar los términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección, y las autoridades deben dar impulso oficio a las mismas. Por su parte, las normas de los procedimientos contractuales se deben interpretar teniendo en cuenta que no deben dar lugar a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

Así mismo, las autoridades deben tener en cuenta que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados; y para ello deben adelantarse los trámites necesarios con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato. De otro lado, las partes en el contrato deben adoptar de manera ágil los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo, razón y ocasión del contrato estatal se presenten

Este principio exige que las entidades estatales sólo podrán ordenar la apertura de procedimientos selectivos con la expedición previa de la disponibilidad presupuestal, así como también obliga a que el análisis de la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, deben analizarse e impartirse con antelación al inicio del proceso de selección del contratista según la exigencia legal; así como igualmente prevé la prohibición de que el acto de adjudicación y el contrato se sometan a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, como tampoco a cualquier clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en el ECE.

El principio de economía impone el deber a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y los organismos de control y vigilancia de abstenerse de intervenir en los procesos de contratación de las entidades públicas, salvo en la relacionado con la orden de adjudicar los contratos estatales en audiencia pública en los casos de las licitaciones o concursos conforme al artículo 273 constitucional, así como las autorizaciones que deben hacer las

asambleas y los concejos a los gobernadores y alcaldes para suscribir los contratos de la administración de mayor cuantía, o en los casos de enajenación de inmuebles, contratos de empréstito y enajenación de acciones de empresas de capital público.

Es deber de las autoridades, con la debida antelación a la apertura de la licitación, elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia, la constitución de las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios; como también las autoridades deben incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios y alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos.

Está prohibido igualmente a los sujetos contractuales disciplinables exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales y cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las normas especiales, pues 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. Las entidades estatales no podrán rechazar las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los

defectos que se adviertan en ellas. La declaratoria de desierta de la licitación pública o del concurso de méritos únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo debidamente motivado en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

El principio de publicidad, consiste en el deber que tiene la administración contratante de difundir y dar a conocer masivamente todos los procesos de contratación, sin importar el procedimiento de selección que se adelante, ya sea licitaciones o concursos o el procedimiento de contratación directa. Así mismo, el principio de publicidad implica que todas las actuaciones de la administración en materia de contratación son públicas, y por ello debe dar a conocer de manera eficaz los procedimientos de selección, así como también debe publicitarse los actos administrativos tanto previos como con ocasión del contrato estatal, así como la inscripción en el registro de proponentes de todos los datos que interesan a la administración contratante y a la comunidad sobre las especiales condiciones requeridas por la ley al contratista para acceder al negocio jurídico. De allí, que se registren en él las inhabilidades e incompatibilidades que de conformidad con el CDU y el ECE estén sometidas a registro, las sanciones impuestas a los oferentes y contratistas, su capacidad de contratación etc. En Colombia, el principio de publicidad encuentra fundamento en el numeral 4° del artículo 30 de ECE, y en el artículo 150 de la Ley 190 de 1995, denominado Estatuto Anticorrupción que crea el Diario Único de Contratación Pública, donde se incluirá por cada contrato la información respectiva de aquellos que celebren las entidades públicas del orden nacional y sus entidades descentralizadas; mientras que para las entidades territoriales deben publicar al menos una vez por mes en lugar visible de sus dependencias, una relación pormenorizada de las obras, bienes

y servicios contratados, el objeto, valor, destinatario, el nombre del contratista, y las licitaciones declaradas desiertas, así como también de acuerdo a la cuantía de cada contrato deben publicarlos en las gacetas de cada ente territorial.

El principio de concurrencia, tiene fundamento constitucional en el artículo 13 constitucional, pues consiste en garantizarle en igualdad de condiciones el acceso a todas las personas a participar en un procedimiento selectivo, así como también encuentra sustento en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en donde el principio de concurrencia subyace al de transparencia, pues uno de los elementos de este último es garantizar al mayor número de oferentes que participen en los procesos selectivos de contratistas estatales. Esto se logra a través del principio de publicidad, pues en la medida en que la administración dé a conocer sus procesos selectivos de manera masiva, a través de medios cuya amplia circulación es notoria, mayores posibilidades existen de que se presente el mayor número de oferentes posibles, y siendo así la administración puede escoger de manera objetiva la propuesta mas favorable. De allí, que si la administración publicita en debida forma el proceso selectivo y sólo se presenta una oferta, y al evaluarla conforme al pliego de condiciones o términos de referencia resulta favorable a los intereses de la administración, si bien no pudo comparar con otras ofertas, no es menos cierto que conforme a las reglas del procedimiento selectivo si satisface lo querido por la administración, y es válida la aplicación del artículo 6º del decreto 287 de 1996, que regula que cuando se presente una sola propuesta no habrá lugar a la declaratoria de desierta si esta es considerada hábil y favorable a la Entidad, pues la única propuesta consistió en la omisión legítima de quien pudiendo hacerlo no quisieron ofertarle en esta oportunidad al Estado. Pero si la administración realizó una inadecuada publicidad por insuficiente y limitada, es obvio que la

ausencia de pluralidad de oferta tiene una causa ilegítima y a mi juicio deberá la administración de oficio o a solicitud de parte producir la declaración de desierta del proceso selectivo.

El principio de selección objetiva, igualmente es un deber que subyace al principio de transparencia, en tanto si la administración escogió la propuesta menos o medianamente favorable a la entidad, y como para completar con criterios de subjetividad, habrá vulnerado el principio de transparencia y con este el deber de seleccionar objetivamente la propuesta mas ventajosa para la entidad contratante. Existe entonces una disconformidad, entre lo que se considera como lo mas ventajoso para la administración, y la actuación del agente público que escogió lo menos ventajoso. Esa discrepancia, es una conducta que tiene consecuencias penales y disciplinarias, así como contenciosa administrativa, pues quien tenía derecho a que se le adjudicara el contrato va a iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto que adjudicó indebidamente el contrato.

El principio de selección objetiva – artículo 29 del Estatuto Contractual-, consiste en el deber de escoger el ofrecimiento mas favorable a la entidad y a los fines que ella busca con el contrato estatal, sin tener consideraciones de afecto o de interés, y en general, cualquier clase de motivación subjetiva. El ofrecimiento mas favorable a la entidad pública es aquél que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos,

sólo uno de ellos, el mas bajo precio o el precio ofrecido, ya que el menor plazo que se ofrezca y que sea inferior al solicitado en los pliegos de condiciones o términos de referencia no será objeto de evaluación.

Para el profesor DAVILA VINUEZA, la favorabilidad tiene una doble acepción: De una parte en cuanto no pueden ser tenidas en cuenta consideraciones subjetivas para efectuar la selección del contratista como credo, nacionalidad, raza, creencia política etc. La otra tiene que ver con las consideraciones de la oferta y del contrato en cuanto de acuerdo a las reglas claras, precisas y objetivas, la administración debe declarar una de las propuestas presentadas como la más favorable a la entidad pública.

El profesor SOLANO SIERRA, considera que de conformidad con el ECE estatal, existen tres procedimientos de selección del contratista estatal, o de vinculación contractual a saber: La licitación pública cuando el objeto del bien o servicio es de naturaleza material, o el concurso de méritos para los contratos de consultoría donde el objeto es de producción intelectual, estudios o trabajos técnicos o especializados. Este es el procedimiento o regla general; pero la contratación directa es otro procedimiento que se aplica en razón a la naturaleza jurídica de la entidad contratante, o del objeto del contrato que es la excepción a la regla; y la contratación estatal previa declaración de urgencia manifiesta.

La Licitación pública es un procedimiento de naturaleza administrativa, de carácter público que contiene una serie de actos previos o preparatorios tendientes a la formación del contrato estatal, que parte de unos estudios y requisitos previos para luego hacer la convocatoria pública

para escoger entre las distintas propuestas la mas ventajosa a la entidad contratante. Para el Consejo de Estado *“la licitación es una de las formas mediante las cuales las entidades públicas escogen las personas naturales o jurídicas con las cuales celebrar un contrato para el desarrollo de funciones inherentes a su competencia. Es un camino expedito y reglado, con la cual se garantiza que la contratación no sea un mero capricho de la Administración, sino que se aseguran las opciones que más convengan al interés general y por ello es un freno a la corrupción y a los manejos indebidos del presupuesto público, que atentan contra la pureza administrativa”*.

Para el profesor EXPÓSITO VÉLEZ, la Licitación pública tiene las siguientes características: Es un procedimiento previo a través del cual se regula la celebración de los contratos estatales con la finalidad de seleccionar la propuesta mas ventajosa para la administración; es una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a los pliegos condiciones o términos de referencia; a través de este procedimiento la administración escoge la propuesta mas favorable y a ella adjudica el contrato; el procedimiento tiene como fundamento buscar la finalidad pública estatal a través del contrato administrativo con la aplicación de los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento de los pliegos de condiciones.

Una vez cumplido con los requisitos previos señalados anteriormente, es importante definir el esquema sobre el trámite de la Licitación pública o concurso de méritos, así: a) El procedimiento se inicia con la expedición de la resolución de apertura de la licitación o concurso, artículo 30 del Estatuto Contractual; b) La publicación del procedimiento se cumple con la comunicación a las Cámaras de Comercio sobre la información general de cada licitación o concurso que se pretenda abrir en la forma y dentro de los plazos fijados – artículo

22 de la Ley 80 de 1993, y artículo 12 del Decreto 856 de 1994-; c) la publicación de los avisos, conforme lo dispone el numeral 3° del artículo 30 del Estatuto Contractual y artículo 20 del Decreto 679 de 1994, para que una vez se expida la resolución se publiquen los avisos bajo el entendido que cuando la norma se refiere a que los avisos se harán dentro de los diez a veinte días calendarios anteriores a la apertura del proceso, nos referimos al periodo en que se pueden presentar efectivamente las propuestas; c) Audiencia de aclaración de pliegos y términos de referencia a petición de parte interesada o de oficio por parte de la administración, conforme al artículo 39 del Estatuto Contractual. En ella se pueden absolver todas las dudas que versen sobre los pliegos de condiciones y términos de referencia, debiendo llevar addendas todas las aclaraciones a que haya lugar; d) El plazo para presentar las propuestas se inicia con la apertura y termina con el cierre del procedimiento, según lo dispone el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 7° del decreto 679 de 1994, se puede modificar mediante decisión motivada en los términos del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. e) La presentación de las propuestas consiste en el acto de presentación material de la oferta, en el lugar, fecha y en las condiciones señaladas en los pliegos o términos de referencia: f) Luego de la apertura de las ofertas, se procederá a la evaluación de las mismas, para lo cual se designará un equipo jurídico, otro económico y financiero, así como los evaluadores técnicos. Dicho plazo puede ser ampliado mediante decisión motivada, conforme al decreto 287 de 1996 siempre que el inicialmente fijado no garantice el deber de selección objetiva; g) Traslado de las evaluaciones. Una vez se hayan realizado las evaluaciones técnicas, económicas y jurídicas se pondrá a disposición de los oferentes las propuestas y las evaluaciones con el objeto que de conformidad con el artículo 30, numeral 8° del Estatuto Contractual se formulen las observaciones correspondientes; h) Decisión definitiva del procedimiento. Esta puede culminar con la

adjudicación del contrato mediante acto administrativo, evento en el cual se le notifica al adjudicatario y se le comunica a los otros participantes, o mediante audiencia pública, ya sea porque se dispuso en el pliego de condiciones o términos de referencia, o porque la Contraloría General de la República, o la contraloría territorial respectiva, las organizaciones no gubernamentales o los mismos oferentes lo soliciten. En esta circunstancias la decisión queda notificada en estrados para quienes participaron en ella, para quienes no se les comunica, pero si el adjudicatario no participó en la audiencia pública debe notificársele a este. En ocasiones, la administración una vez adjudica el contrato en audiencia pública procede a llevar la decisión a un acto administrativo, cuando es inane ya que el acto administrativo se entiende incorporado en el acta de la audiencia donde se tomó la decisión. Igualmente, si después de la evaluación se dan las causales de declaración de desierta esta será la decisión a tomar.

1.1.1.- Las faltas disciplinarias gravísimas en la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos en general, conforme al artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

1.1.1.1.- Tipo disciplinario contractual: Numeral 30, artículo 48 del CDU: *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.*

a). Falta disciplinaria: Intervenir en la tramitación, aprobación de contrato estatal, con personas que esté incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad prevista en la Constitución o en la Ley. Artículo 48, numeral 30 de la Ley 734 de 2002.

Sea lo primero señalar, que el sujeto pasivo del derecho disciplinario, lo es el servidor público, ya sea funcionario o trabajador oficial, o el interventor, que en virtud, en razón o con ocasión de sus funciones intervienen en la tramitación o aprobación de contrato estatal.

Así las cosas, observamos que el verbo intervenir, consiste en la participación del sujeto pasivo del derecho disciplinario en cualquiera de las actuaciones propias del procedimiento administrativo de la licitación pública o de cualquier otra modalidad de selección de contratistas. Para que la participación o intervención del sujeto del derecho disciplinario sea relevante y con vocación de infringir o incurrir en la falta disciplinaria, tiene que existir una relación de causalidad entre la conducta y su resultado, así como también debe necesariamente estar relacionada la conducta realizada con las funciones, deberes funcionales y la competencia asignada al empleo público ejercido por el infractor mediante norma jurídica válida.

Tramitación, hace relación a aquellas actuaciones que se constituyen en acciones, trámites, procedimientos, impulsos procesales o procedimentales que se tienen que adelantar para culminar el procedimiento de selección con la adjudicación de la licitación o de cualquiera otra modalidad de selección de contratistas a uno de los proponentes hábiles y calificados como titulares de la oferta mas favorable a los intereses de la administración.

El término aprobación de contrato, hace relación a aquellas actuaciones individuales-singulares del jefe del organismo o del representante legal del ente contratante o del órgano plural creado- Comité o Junta de Licitaciones y Adquisiciones, o Comité de Procesos Selectivos Contractuales, para los efectos de evaluar y aprobar las actuaciones y decisiones relevantes e importantes dentro del procedimiento adelantado en cualquiera de las modalidades de selección, esto es, las evaluaciones de las ofertas, admisiones, rechazos, suspensión del proceso, revocatoria, prórrogas, aplazamientos, aprobación de los pliegos de condiciones, aprobaciones de estudios y requisitos previos, aprobación de la declaración de desierta etc.

Pero definitivamente, la acepción “aprobación de contrato estatal” hace relación a quien o quienes tienen la función y competencia de aprobar la evaluación definitiva de las evaluaciones de las ofertas dentro de un procedimiento selectivo, junto con la decisión de adjudicar el proceso a quien fuere calificado como la oferta mas favorable para la entidad, que necesariamente es en orden descendente partiendo de quien encabeza el orden de elegibilidad.

Desde luego el responsable de la gestión contractual de la entidad es el Jefe del organismo o representante legal del ente contratante, lo que implica que si existe irregularidad en las evaluaciones y en la adjudicación será responsable quienes participaron de manera individual o plural en la aprobación, y desde luego también lo puede llegar a ser quien suscribe el contrato por la competencia que tiene por atribución de funciones, o en su condición de delegatario, ya que el acto de adjudicación ilegal no obliga a quien teniendo el deber de suscribir el contrato se abstiene de hacerlo cuando observa que el adjudicatario lo obtuvo por medios ilegales.

Si concurre en el procedimiento de selección una causal de inhabilidad e incompatibilidad ya sea de los servidores públicos del ente titular del procedimiento licitatorio o de los proponentes, y esta causal es saneable, ya porque el servidor público se declare impedido o porque renuncie al empleo si la causal es generada por el grado de parentesco entre el oferente y el o los directivos de la Entidad licitante.

En relación a las inhabilidades o incompatibilidades constitucionales y legales, se tiene que de conformidad con el artículo 173 del CDU, existen inhabilidades sujetas a registro en cuanto sea susceptibles de conformidad con la ley, de inscribirlas en las bases de datos autorizadas por ley, y otras que por su naturaleza no son susceptibles de registro, así:

El artículo 173 del CDU, estableció los antecedentes administrativos, judiciales, fiscales, disciplinarios y contractuales susceptible en el SIRI- Sistema de Información y Registro de Inhabilidades y Sanciones, base de datos que lleva la Procuraduría General de la Nación, quien expedirá el Certificado de Antecedentes Disciplinarios que deberá contener las anotaciones de las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a su expedición y de aquellas que se encuentren vigentes al momento de su expedición. Así mismo, si se el certificado de antecedentes disciplinarios tiene como finalidad la expedición de un nombramiento, elección o posesión de cargos que exijan ausencia de antecedentes, se certificará todas las anotaciones que figuren en el registro de manera intemporal, es decir, es la expedición de un certificado que contiene el ADN de la persona sin importar la época en que se haya impuesto la sanción.

Es por ello, que la persona encargada de verificar requisitos, deberá estudiar en el certificado si el nombramiento, elección o posesión es para un cargo que exija ausencia total de sanciones,

para lo cual se deberá solicitar un certificado especial que señale el cargo y la ausencia total de sanciones de la persona beneficiada con el nombramiento, elección o posesión en el cargo o empleo público.

El artículo 174 del CDU, estableció: *Artículo 174. Registro de sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.*

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1º del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002, por los cargos analizados.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1066 de 2002 en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”.

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, reformado por el artículo 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 1474 de 2011 en relación a las causales de inhabilidades e incompatibilidades contractuales estableció:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

Esta causal, no establece ningún presupuesto de hecho en especial, es la mas genérica de las causales, puesto que hace remisión universal a todos aquellos impedimentos contractuales establecidos en la Constitución o concepto y tipo de ley. De allí que aquí aplican los impedimentos constitucionales para congresistas, concejales y diputados, así como aquellos previstos para todos los servidores públicos en las normas especiales que regulan cada una de las materias, actividades u organizaciones públicas.

b). Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

Esta causal se refiere a aquellos oferentes singulares o plurales que participaron en los procesos de selección y/o celebraron los correspondientes contratos estatales, cuando de conformidad con la Constitución y la Ley estaban impedidos ya por causal de impedimento o por incompatibilidad constitucional o legal.

De allí, que si un oferente se hace adjudicatario de una licitación estando incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad, lo que procede es el rechazo de la oferta si aún no se ha adjudicado, pero si este ya se adjudicó pero no se ha celebrado el contrato, lo que procede es la revocatoria del acto de adjudicación de oficio o a solicitud de parte, pero si ha se celebró el contrato procede la terminación unilateral del contrato conforme al artículo 44 y 45 del Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas.

c). Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

Esta causal de impedimento para celebrar contratos y participar en calidad de oferente dentro de los procesos de selección, se presenta cuando existen oferentes plurales, tales como consorcio, uniones temporales y promesas de contrato de sociedad futura. De allí que el miembro o socio que dio lugar- por su incumplimiento grave del contrato-, a la declaratoria de caducidad administrativa, se encuentra inhabilitado para participar en procesos de selección y para celebrar contratos por el término de cinco años conforme al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, lo cual se prueba con los actos administrativos ejecutoriados o con el certificado de antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación.

d). Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

Aquellos agentes o sujetos contractuales individuales, sujetos a demás del derecho penal y del derecho disciplinario, se encuentran incursos en causal de inhabilidad e incompatibilidad para

celebrar contratos por el término fijado por el juez penal o disciplinario; el primero al decretar interdicción de derechos y funciones públicas como sanción accesoria a la pena principal impuesta por el juez; y el segundo, al ser sancionado por la Procuraduría General de la Nación con sanción de destitución del cargo o empleo, con imposición de inhabilidad general de diez a 20 años para ejercer funciones públicas o suscribir contratos estatales. Esta Inhabilidad, igualmente se prueba con las providencias debidamente ejecutoriadas o con el correspondiente certificado de antecedentes disciplinarios e inhabilidades expedido por la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación.

d). Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

Este tipo disciplinario va dirigido para aquellos oferentes que habiendo participado en la licitación, se hizo acreedor a la adjudicación del proceso y una vez expedido el acto administrativo, el adjudicatario no concurre conforme a su deber a suscribir o celebrar el correspondiente contrato. Cuando esto se presenta, la Entidad formulará al adjudicatario el correspondiente requerimiento de explicaciones, a fin de que exprese las razones acerca de si su actuar omisivo encuentra justificación o no. De no existir justa causa para abstenerse de suscribir el contrato, la administración mediante acto administrativo motivado hará efectiva la garantía de seriedad del ofrecimiento, impone inhabilidad para suscribir contrato por el término de cinco años, ordena enviar copia del acto administrativo ejecutoriado a la Procuraduría General de la Nación para efectos de registrar la inhabilidad, y procede a adjudicar el contrato al segundo de la lista de elegible en orden descendente si las propuestas fueran igualmente favorables. Todo lo anterior, mediante actos administrativos individualizados, pero nada

impide para que cada actuación se decida mediante acto administrativo por separado.

Esta inhabilidad no se prueba con medio probatorio alguno que acredite que el ahora oferente no suscribió en el pasado contrato estatal luego de ser adjudicatario, pues se requiere que el ente defraudado, es decir, que aquella entidad pública que adjudicó el contrato declare la inhabilidad mediante acto administrativo ejecutoriado y enviado para su correspondiente registro a la Procuraduría General de la Nación.

f). Los servidores públicos.

No es cierto que todos los servidores públicos se encuentren incurso en causales de inhabilidad, e incompatibilidad para suscribir contratos con el Estado, pues existe la excepción de quienes ejercen la docencia ya en educación formal o informal en los niveles de preescolar, primaria, bachillerato, universitarios y de postgrados, en cualquiera de los niveles de la administración pública nacional, seccional, regional, municipal o local.

g). Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.

Es necesario precisar que esta causal de inhabilidad o incompatibilidad es de aquellas denominadas transversales u horizontales entre oferentes, en tanto y en cuanto, quien presente oferta de primero en el tiempo inhabilita a quien lo haga en forma posterior, y la prueba de ello

son las constancias materiales y electrónicas que deje la Entidad sobre la hora que le recibe oferta a cada uno de los proponentes, y si no es posible establecerlo, hay que acudir al primero que intervino en la fase de prepliegos.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2009, declara “CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-029-09](#) de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, ‘... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo’”.

h) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 5° del decreto 679 de 1994, señala que “De definición de las sociedades anónimas abiertas. Para efectos de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

1o. Tengan más de trescientos accionistas.

2o. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.

3o. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

Corresponderá al revisor fiscal de la respectiva sociedad certificar que la misma tiene el carácter de anónima abierta para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

j). *Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad,*

narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte años.

Debe tenerse en cuenta que ésta inhabilidad sólo se aplica a partir de la ejecutoria de la sentencia emitida por el juez penal respectivo, siempre que los delitos hayan ocurrido con posterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011; pero si la ejecutoria de la sentencia se produce con anterioridad o posterioridad a la vigencia de ésta Ley, pero los delitos por los cuales se produce la condena ocurrieron antes de la vigencia de la Ley 1474 de 2001, se aplican las inhabilidades vigentes en el artículo 8º de la ley 80 de 1993 sin las modificaciones de la mencionada reforma.

El Consejo de Estado, señala que “ la inhabilidad del literal i).... Se extendió únicamente a los socios de las sociedades de personas. Sobre las sociedades de personas y de capitales ha dicho el Profesor José Ignacio Narváez:

“ En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitu personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a estos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios, con sus patrimonios individuales presentes y futuros. Precisamente, por

virtud de la responsabilidad solidaria que asumen todos los socios, la ley le confiere la facultad de administrar la empresa social”

El inciso final del artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, modificatorio del numeral 1, literal j del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, señala que las inhabilidades se extiende a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas, esto es, que incluyen todas las formas o modalidades de sociedad reguladas en el Código de Comercio Colombiano, excluyendo a las sociedades anónimas, que son aquellas que tienen como mínimo 300 socios, ninguno de ellos tiene mas del 30% de las acciones, y cuyas acciones se encuentren registradas en la bolsa de valores.

k). Artículo 2 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona al numeral 1° del artículo 8 de la ley 80 de 1993, un nuevo literal K, así: Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones ó a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el periodo para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

2o. Tampoco podrán participar en licitación ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público

en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) El artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, adiciona un literal f al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 199, que quedará así: Inhabilidad para que empleado públicos contraten con el Estado. Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuáles éstos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del empleado público.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas. -Artículo 5º del decreto 679 de 1994.

ARTÍCULO 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo [60](#) de la Constitución Política.

b). Falta disciplinaria: Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución. Artículo 48, numeral 30 de la Ley 734 de 2002.

Téngase en cuenta que esta falta disciplinaria no a comete solamente el servidor público responsable de celebrar el contrato, entendiendo por celebrar en términos contractuales quien suscribe con su firma el contrato estatal teniendo la competencia para representar la capacidad contractual de la administración y de comprometer la responsabilidad contractual de las administraciones públicas. También incurre en ella todos los servidores públicos que intervienen en la tramitación y aprobación del contrato que tienen como función la verificación de la existencia de los correspondientes estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su celebración y ejecución.

De conformidad con el numeral 30 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se tiene que en contratación estatal, el ordenamiento jurídico contractual ha previsto en razón a cada una de las tipologías contractuales y a la modalidades de selección de contratistas, unos requisitos o estudios previos a la celebración del contrato- técnicos, financieros y jurídicos-, cuyo carácter indispensable se evidencia en su necesidad y concurrencia al momento de ejecutar el contrato, es decir, la ley los exige de manera previa a la celebración del contrato estatal, ante la imposibilidad de ejecutarlo una vez celebrado con la ausencia de éstos.

De conformidad con el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, los requisitos, estudios y documentos previos genéricos para todas las modalidades de selección, sin perjuicio de los estudios y documentos previos exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección son los siguientes:

Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

1.-La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

Esta constituye la justificación del objeto contractual, y es establecer la relación que existe entre la celebración del contrato como herramienta para satisfacer una necesidad pública. En síntesis es concretar y definir la finalidad que debe perseguir para sus destinatarios la celebración y ejecución del contrato estatal. Este estudio, es el denominado, de oportunidad, conveniencia y justificación de la contratación estatal, que debe contener la decisión de proceder a adelantar el procedimiento de contratación, a suscribir y ejecutar el contrato, dejando constancia del momento temporal en que se requiere contratar y la conveniencia que no es otra cosa que identificar el objeto del contrato y la necesidad pública que se pretende satisfacer.

Este requisito presenta y ofrece una dificultad muy grande, como es el componente político, el de gestión pública, el técnico y el de implementación jurídica, que no es fácil conciliar. El

componente político, porque depende de las propuestas de solución a los problemas públicos que presentan las administraciones públicas y las demandas de soluciones. Los problemas públicos demandan soluciones ofrecidas por los gobiernos que en la mayoría de los casos son sometidas a consideración de los electores, y hoy por hoy los ciudadanos ven en ciertos candidatos y en sus programas ofrecidos soluciones concretas a las demandas públicas de problemas que requieren soluciones prioritarias.

Estas soluciones primero se presentan como propuestas políticas, y luego las administraciones públicas contratan los estudios previos, las prefactibilidades, las factibilidades, y las concretizan a través de consultorías cuyos productos son los estudios técnicos que le permiten a las administraciones públicas sobre ellos, tomar decisiones. Las administraciones públicas no están, no han estado ni estarán en condiciones de realizar directamente los mencionados estudios; ellos siempre tendrán que ser contratados con los técnicos expertos, que entregan productos respecto de los cuales las administraciones públicas toman decisiones.

Se requiere en Colombia una legislación especial o complementaria, que determine la responsabilidad de los consultores e interventores, que elaboran y certifican productos con fundamentos en los cuales las administraciones públicas toman decisiones como las de justificación de la implementación de un proyecto, y es que los productos de los consultores de estudios y diseños deben respecto de las administraciones públicas deben estarse conforme al principio de confianza y ejercer una posición de garante respecto del decisor público.

De lo contrario, es mantener a los gestores públicos en lo que he denominado el ejercicio del derecho a mantener el principio de conservación, es decir, conforme al régimen actual

implementar grandes proyectos de infraestructura en Colombia es someterse a un régimen de responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria permeado por lo que se conoce como el Estado de opinión que orienta la interpretación y aplicación de las normas penales, fiscales y disciplinarias. Se requieren en este campo mayores esfuerzos en la regulación normativa, que al tiempo que tome medidas eficaces para combatir la corrupción genere mayor seguridad jurídica a los operadores contractuales en la toma de decisiones técnicas, jurídicas, económicas y financieras.

2.- La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.

Hace relación a la identificación del tipo de contrato, esto es, si es un contrato típico o atípico: Obra, consultoría, concesión de obra pública o de prestación de servicios públicos etc. La descripción del objeto del contrato y del tipo de contrato comprende las especificaciones técnicas del mismo.

Es importante, señalar la gran importancia que tiene para el desarrollo de los grandes proyectos de infraestructura los estudios previos, tales como los estudios y diseños: Ello comprende los estudios ambientales, de suelo, los estudios prediales, las adquisiciones prediales, los componentes sociales, los diseños estructurales, los diseños geométricos, los planos, los proyectos de inversión, sus bases, fundamentos y sustentos económicos financieros, los estudios de mercado para analizar las tasas de interés de oportunidad y las tasas internas de retornos, las operaciones financieras del mercado, la oportunidad de inversión y financiación, los estudios de diagnósticos y las asesorías técnicas de control y supervisión.

Lo anterior indica, que las administraciones públicas acuden al artículo 32 de la Ley 80 de

1993, para contratar los estudios, elaboración y evaluación de proyectos, junto con los correspondientes componentes técnicos, financieros, ambientales, sociales y públicos. Una vez entregados los correspondientes productos a la administración y certificados por la correspondiente interventoría, sobre ellos la administración toma las decisiones correspondientes en virtud de las funciones de gerencia pública. Pero desde luego los correspondientes productos están sometidos a unos áleas que pueden ser previsibles respecto de los cuales el contrato de consultoría y la propia administración tiene medidas para administrar ese riesgo. Pero observamos que dichos productos elaborados por los consultores y certificados por la interventoría también están sometidos a otros áleas externos respecto de los cuales la administración contratante no tienen alternativa humana diferente a la de administrarlos a través de decisiones contractuales implementadas a través de la suscripción de otro si, contratos adicionales, adiciones contractuales, o la suscripción de actas de mayores cantidades de obra, sin que ello parezca exorbitante, extraño, malicioso o adecuado a imprevisibilidad o a indebida planeación técnica de los contratos, pues no existe en el universo, en el mundo, proyecto de infraestructura del planeta tierra que sea implementado y contratado con fundamento en estudios técnicos de diseño que durante la ejecución del proyecto no haya sido sometido a variandis contractuales, fácticos por riesgos internos del proyecto o externos que lo afectan. De allí, que en el mundo real todos los estudios y diseños elaborados por los consultores que permiten la apertura de una licitación pública, elaborar una propuesta u oferta, evaluarla, adjudicarla y contratar, y cuyos productos tales como diseños, planos, estudios técnicos de suelos, estudios ambientales, presupuestos que son entregados al contratista constructor para implantarlos, esto es para ejecutar el contrato están sometidos a una variando contractual natural, casi por ley de la naturaleza, a al punto que el último plano de un proyecto

de obra, de infraestructura en el mundo técnico real, se conoce al momento de la entrega y recibo de la obra y es lo que se conoce como plano record.

De tal manera, que todos los estudios técnicos previos de los proyectos de infraestructura, están llamados durante la ejecución del contrato a ser ajustados, adaptados y complementados, y a que se elaboren los planos o diseños que se identifiquen como faltantes en el desarrollo del proyecto. Esto es que es altamente probable que de un componente del proyecto o ítems, solo se detecte la inexistencia, necesidad o faltante de un plano en el momento en que se esté implantando o construyendo el respectivo ítems o componente de proyecto.

Exigir con carácter absoluto e inmodificable el carácter definitivo de los estudios y diseños como requisito previo a la contratación de los proyectos y durante la ejecución de los contratos de obra e infraestructura física, es atribuirle un alcance a la norma jurídica contra la existencia de la propia naturaleza, del mundo real, es exigir lo imposible, es realizar un ejercicio de atribución de responsabilidad a los sujetos del derecho penal, fiscal y disciplinario con abuso o desviación de poder, porque sería tanto como prohibir la sexualidad humana con la expedición de una norma jurídica y a partir de ella la realización de un juicio de reproche a la pareja de casados ejerciendo ese derecho natural a la condición humana en plena luna de miel.

En los grandes proyectos de infraestructura y en los contratos de obra pública de alta gama, existen muchas vicisitudes contractuales que se administran durante la ejecución de los correspondientes contratos. De allí que cada ejecución contractual de este tipo, es considerado un caso difícil, parodiando el debate de Ronald Dworkin y a Hart respecto del derecho como herramienta para la solución de problemas jurídicos en casos concretos alrededor de normas

reglas y de normas principios.

Mientras en Colombia, no hagamos una reflexión sobre la responsabilidad y el rol de los consultores en relación a la contratación de obras públicas y los proyectos de infraestructura de alta gama, pues la legislación hoy vigente convierte el riesgo interno y externo que es propio de la naturaleza de los contratos en un riesgo penal, fiscal y disciplinario de los servidores públicos que participan en la gestión precontractual, de ejecución del contrato y postcontractual por el sólo acto de ordenar la apertura de la licitación pública y de celebrar el respectivo contrato.

Eso es lo que ha demostrado la experiencia nacional en los grandes proyectos de infraestructura hasta ahora contratados. Una forma de enfrentar este desafío que ofrece la realidad y la necesidad de desarrollar los proyectos de infraestructura que requiere el país, es que de manera expresa se avance en una legislación que le permita al Estado Colombiano avanzar en el desarrollo de su propia infraestructura a tono con los grandes avances en ese sentido con el desarrollo económico y comercial mundial en el siguientes sentido:

a.- Que en los contratos de obras públicas de infraestructura física de transporte, de movilidad urbana y de edificaciones el contratista diseñador sea el mismo contratista interventor del contrato de construcción de la obra. Esto es, que el contratista consultor, además de elaborar los productos y diseños, una vez certifique junto con el interventor del contrato de interventoría bajo su exclusiva responsabilidad, la suficiencia técnica de los estudios técnicos y demás requisitos previos requeridos para licitar el proyecto, se proceda a implementar y ordenar la apertura del proceso de selección del contratista de la obra pública, de tal manera que una vez la entidad seleccione y suscriba el correspondiente contrato de obra pública, el interventor del mismo, sea el consultor que elaboró los estudios y diseños y el presupuesto del

contrato. Así las cosas, todos los ajustes, complementaciones, adaptaciones y elaboración de productos faltantes sobrevinientes, esto es los detectados tanto en el periodo de preconstrucción como durante la ejecución del contrato, sea responsabilidad y obligación del consultor inicial con cargo al presupuesto original del contrato de consultoría. Con ello se garantiza, que quien actúa como diseñador y planeador del contrato de obra pública en la fase precontractual, pase durante la fase de ejecución del contrato de obra pública a realizar la correspondiente interventoría del proyecto, y durante toda la fase del contrato al tiempo que hace interventoría esté atento a realizar todas las adaptaciones, complementaciones, ajustes y elaboración de los faltantes que se detecten durante la ejecución de la obra. En éstas circunstancias, el contrato debe estipular como cláusula obligatoria, que los ajustes, complementaciones, adaptaciones y la elaboración de diseños faltantes las debe realizar el interventor que obro en la fase precontractual como diseñador y cuyas actividades se cargan al presupuesto inicial del contrato, salvo que el diseño del algún plano que faltare, la adaptación, complementación y ajuste de los diseños entregados al constructor de la obra detectados en el periodo de preconstrucción o de construcción tenga como causa sobrevinientes la fuerza mayor, el caso fortuito, o la necesidad sobreviviente de variar el proyecto por orden de una autoridad catastral, de planeación, de servicios públicos, ambiental, de tránsito, transporte o de movilidad.

Así mismo, se le debe atribuir por vía legal mayores responsabilidades a los interventores de los contratos, en el sentido que debe ser responsabilidad de éstos adelantar todos los procedimientos administrativos sancionatorios de los contratistas, es decir desde el inicio de los procedimientos, hasta su culminación, de tal manera que el expediente una vez tramitado y una

vez citada la correspondiente audiencia, recibo de descargos y la practica de pruebas, el interventor envíe a la administración pública el expediente junto con el concepto técnico, jurídico y administrativo sobre la viabilidad de la decisión, y a la administración solo le corresponda proferir el acto administrativo que tome la decisión ya sea de caducidad, de cesión del contrato, de aplicación de las garantías, en cualquiera de los siniestros amparados, la imposición de las multas, la aplicación de las cláusulas excepcionales, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, de terminación unilateral del contrato y de liquidación de mutuo acuerdo, unilateral o judicial.

b.-Si se trata de un contrato de concesión de obra pública, la legislación además de lo sugerido para el contrato de obra pública clásica, se sugiere dado los amplios plazos de los contratos de concesión, que además de que la ley pueda contemplar que el consultor de diseños inicial sea el mismo durante todo el plazo del contrato de concesión y sus adicionales, que también exista la posibilidad de durante la ejecución del contrato de concesión la entidad pública concedente el mismo contrato de concesión prevea plazos del contrato de interventoría inferiores al contrato de concesión, cuando los contratos de interventoría sean financiados con cargo al presupuesto de la Entidad pública concedente. Así la entidad pública concedente durante el plazo del contrato de concesión, cada vez que se venza el plazo del contrato de interventoría con la debida antelación pueda seleccionar por concurso de méritos el interventor subsiguiente, siempre que por razones presupuestales eso sea posible, para no cargar dentro de la cláusula de remuneración del contrato de concesión de obra pública el valor de la interventoria y siempre que el Estado lo requiera para que la tarifa del servicio concesionado disminuya.

La ley debe desestimular el interés del interventor de ampliar el plazo de su contrato de interventoría através de la ampliación de los plazos de los contratos de obra pública o de

concesión a través de prórrogas, adiciones, mayores cantidades de obra, contratos adicionales implementando mecanismos de atribución de responsabilidad, tales como que el sustento técnico, jurídico y financiero serán de la exclusiva responsabilidad de éste.

Así mismo, por ley debe establecerse que el pago pactado en los contratos de interventoría debe hacerse a precio mixto, esto es, un valor mensual o durante el periodo que estipulen las partes a título de precio global que corresponda a los costos administrativos en que incurra la interventoría para realizar su labor, y de allí en adelante se le paga por avance del proyecto, con ello estarían interesados en que el contrato se ejecute dentro del plazo y dentro del menor tiempo posible y de exigir al contratista la maximización de su capacidad administrativa, financiera y operativa para desarrollar con eficiencia y eficacia las actividades contratadas que al tiempo que le representa a la administración la ejecución del proyecto dentro del término previsto, al contratista le interesa la mayor facturación periódica posible.

c.- La otra forma de administrar el riesgo de insuficiencia de diseños y demás estudios técnicos que requiere la obra, es la de regular por vía legal los contratos llave en mano, que consiste en que el contratista con fundamento en unos estudios sólo de referencia y un presupuesto tope, se compromete una vez celebre el contrato a elaborar los estudios y diseños, a elaborar el presupuesto definitivo para lo cual tendrá como valor máximo el presupuesto establecido en la licitación, y luego de la correspondiente aprobación del interventor, procede el contratista de obra a construirla.

En éste caso, los insumos de referencia son entregados por la Entidad, ya por que los elabore

directamente o porque contrate con un consultor su realización, en este caso, el constructor para el caso del contrato llave en mano, diseña y construye la obra, y el interventor que le realiza la interventoría a la fase de diseño es el mismo que le hace la interventoría a la fase de construcción. Pero que pasa, si luego de contratada la obra a través del contrato llave en mano, el constructor diseñador encuentra que por razones de necesidad los diseños incrementan el presupuesto inicial del contrato.

La propuesta, es que el deber contractual inicial del constructor diseñador y el interventor, elaboren los diseños y el presupuesto con las limitaciones del presupuesto inicialmente fijado, pero si el diseño elaborado da lugar a un presupuesto superior al inicialmente fijado por un asunto de necesidad técnica, de conveniencia pública por causa de un *ius variandi* contractual, esto por cambio de las condiciones existentes al momento de ofertar y de celebrar el contrato, o por la ocurrencia del hecho del príncipe, esto es que la variación sea introducida por la orden administrativa de una autoridad ambiental, catastral, urbanística, de planeación, de orden público, o por razones de caso fortuito o fuerza mayor, en este caso con las correspondientes justificaciones administrativas, técnicas y financieras, el contrato estaría sometido a lo que denominamos, al acto bilateral de fijación definitiva de las obligaciones contractuales del contrato llave en mano, que consiste en que mediante acta de mutuos acuerdo previa disponibilidad presupuestal el contratista, interventor y contratante, acuerden realizar el ajuste contractual a partir de los nuevos diseños siempre que la modificación no supere el 20% del presupuesto inicial.

Si supera este porcentaje la Entidad deberá licitar nuevamente el proyecto, evento en cual el

contratista inicial tendría el derecho a participar en la nueva licitación y al pago de la contraprestación por la realización de los diseños, porque éstos serían entregados al nuevo contratista constructor de la obra y el interventor sería contratado mediante concurso de méritos.

Pero el contratista inicial de la obra que realizó los diseños en el contrato llave en mano, si decide no participar en la nueva licitación cuando luego de la realización de los estudios y diseños el presupuesto fuere superior al 20% del presupuesto referencia de la respectiva licitación, si la Entidad decidiera la contratación mediante la licitación del proyecto con el nuevo presupuesto tendría derecho a la celebración directa del contrato de interventoría.

3.- Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

Consiste en el estudio jurídico previo que soporte la escogencia de la modalidad de selección, esto es si es licitación pública, concurso de mérito, selección abreviada o contratación directa.

Téngase en cuenta, que la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios dispone de manera clara y reglada los casos en que para la selección del contratista debe hacerse mediante licitación pública que es el mecanismo o procedimiento general, por antonomasia para todos los casos en que el contrato sea de mayor cuantía; mientras que la selección abreviada también procede en los casos en que por razón de la mayor, menor o mínima cuantía, el objeto, las características, especificaciones y destinación de los bienes y servicios objeto de contratación, las circunstancias de la contratación procede este procedimiento simplificado.

Así mismo, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios establece de manera clara, que cuando la cuantía del contrato es de mayor y menor cuantía y la tipología del contrato es de consultoría en cualquiera de sus modalidades vale decir, interventoría, supervisión, seguimiento y control, estudios técnicos, diseños, planos, proyectos de prefectibilidad, factibilidad, estudios financieros, valoración de empresas; y la contratación de corredores de seguros, el procedimiento de selección del consultor es mediante el procedimiento de concurso de méritos.

Hasta allí, las reglas legales son claras, el problema jurídico se presenta con el procedimiento de contratación directa en donde las causales se enfrentan contra la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos; y son los casos de contratación directa de:

a.- Urgencia manifiesta

La Urgencia manifiesta supone un cambio en el procedimiento original de selección de contratistas, esto es, que aquello que primariamente se contrata através de licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, se contrate directamente por razones de necesidad de la continuidad del servicio, este exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción, cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden situaciones inmediatas y en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos.

Lo anterior tiene como presupuesto, que el Representante Legal o el jefe del organismo con capacidad de contratación, mediante acto administrativo debidamente motivado en alguna de las causales previstas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, declara la urgencia manifiesta, acto contra el cual no procede recurso alguno, y habilita a la administración para contratar directamente las actividades que requiera para conjurar las razones de urgencia. El acto igualmente habilita a la administración para realizar los traslados presupuestales para expedir las correspondientes disponibilidades presupuestales.

Igualmente la Administración debe enviar el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta junto con los contratos en virtud de ella celebrados, a la Contraloría que realice el control fiscal, para que se pronuncie sobre la legalidad del acto dentro de los dos meses siguientes. Las pruebas de las circunstancias que generan la causal de urgencia manifiesta pueden estar constituidas por hechos notorios de manifiesta ola invernal, actos administrativos de los gobiernos nacional y territoriales de declaración de emergencia sanitaria e invernal amparadas por el principio de legalidad, o por estudios e informes técnicos realizados por organismos y entidades públicas competentes o agentes privados con los documentos que demuestren las pruebas correspondientes.

Es preciso advertir, que los órganos de control fiscal, penal y disciplinarios, parte del principio que la urgencia manifiesta se decreta con el fin de evadir el procedimiento de licitación pública, concurso de méritos o de selección abreviada, y ese elemento volitivo y subjetivo del operador que realiza el control a la decisión de urgencia manifiesta debe ser desvirtuado, no al momento en que el juez penal, fiscal o disciplinario examine el acto, si no de manera previa, esto es, la

motivación debe ser tan suficientemente probada que logre desvirtuar en el mundo real la presunción de que el acto se expidió para evadir el proceso público de selección.

b.-los contratos interadministrativos y los convenios administrativos.

En este caso, si bien tanto los actos administrativos como los contratos y convenios interadministrativos expedidos y celebrados por las administraciones públicas deben someterse al principio de presunción de legalidad y conforme a derecho, en el examen penal, fiscal y disciplinario, se observa que cuando el órgano controlador examina un contrato o convenio interadministrativo, el primer elemento que examina es el fin perseguido con el convenio su objeto y que el móvil de su celebración no sea el de evadir el procedimiento de licitación, concurso de méritos o de selección abreviada.

Tanto la política criminal y disciplinaria del Estado en esta materia se orientó a evitar que este mecanismo sea utilizado para evadir los procedimientos públicos de selección, por ello lo que desde la expedición de la ley 80 de 1993 era un procedimiento excepcional de contratación, como era la ejecución de proyectos a través de la celebración de contratos y convenios interadministrativos a través de mecanismo de contratación directa, hoy luego de la expedición de la Ley 1150 de 2007 es un procedimiento excepcionalísimo, ya que ésta última ley derogó el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que tenía previsto la posibilidad de contratar directamente con administraciones públicas cooperativas integradas por entes territoriales y universidades públicas y luego éstas subcontrataban directamente con particulares los objetos contractuales.

De allí que la Ley 1150 de 2007 y la Ley 489 de 1998, dispone lo siguiente:

- Las administraciones públicas cooperativas integradas por entes territoriales, pueden seguir contratando con el Estado, siempre que participen en igualdad de condiciones en los procedimientos de licitación pública, concurso de méritos y de selección abreviada.

- Las entidades públicas pueden celebrar contratos y convenios interadministrativos con instituciones de educación superior directamente, siempre que el objeto del contrato corresponda al Contrato de consultoría, sin importar la cuantía, y siempre que las actividades contratadas estén expresamente descritas en su objeto social y en el desarrollo de sus actividades intelectuales de investigación y formación universitaria conforme a sus estatutos, normas internas y programas y proyectos académicos institucionalizados.

- Las Entidades pueden contratar directamente actividades entre ellas, cuando deban realizarlas directamente sin que sea posible la subcontratación esencial de la ejecución del proyecto convenido.

- Cuando se trate de convenios con personas jurídicas de derecho público, de organismos multilaterales de asistencia técnica, científica, tecnológica de carácter internacional, evento en el cual debe aportar al ente público nacional una financiación mínima del 50% del proyecto, salvo en los casos de los contratos de empréstito, donación y ayuda y asistencia humanitaria por razones epidemiológicas de salud y similares.

Debe tenerse especial cuidado en la celebración de un contrato o convenio de ésta naturaleza, dado que el principio a desvirtuar ante los órganos de control es que éste no se haya celebrado para evadir el procedimiento público de selección del contratista.

c.- Los contratos para el desarrollo de actividades científicas tecnológicas.

Esta causal de contratación directa, pareciera no ofrecer dificultad, en tanto el decreto 591 de 1991 establece de manera reglada cuales son las actividades científicas y tecnológicas; pero para mayor seguridad jurídica lo sugerible es que no se haga una interpretación amplia de los objetos descritos en cada una de las causales, ya que este régimen no es aplicable por vía generalizada a las entidades administrativas, sino a órganos especiales tales como Colciencias, institutos de investigación científica y tecnológica como el Instituto de Inmunología, Corpoica etc. La interpretación debe hacerse desde el punto de vista restrictivo, apuntando a que la actividad científica y tecnológica debe estar descrita dentro del objeto social principal del organismo contratante y no como actividad ocasional que deba hacerse esfuerzos intelectuales para relacionar el objeto de la actividad con las finalidades concretas, expresas, específicas y principales del ente contratante.

d.- Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado.

Esta causal ofrece muchísimas dificultades, toda vez que no está suficientemente reglada. Se tiene que se entiende la no pluralidad de oferta, cuando en el registro de proponentes no existe mas de una persona allí registrada. Esta causal ofrece la dificultad de que ninguna cámara de

comercio expide esta certificación.

La otra causal corresponde a que el contratista debe ser titular de los derechos de autor del objeto a contratar, tal obras de arte, y en este sentido ofrece mayor seguridad jurídica siempre que se entienda que son objetos artísticos únicos.

Y finalmente la otra causal hace relación, a que el contratista tenga los derechos de representación exclusiva de un producto, bien o servicio en el país, siempre que el bien que se produzca sea único en el mercado y no tenga competencia porque el contratista sea el único representante en el país del productor del bien, es decir que no existan distintos fabricantes de un mismo producto y cuya diferencia entre uno y otro sea la marca.

e.-Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión

f.- El arrendamiento y la adquisición de inmuebles. Si bien no cabe duda que este procedimiento de contratación es el de escogencia directa del arrendador o arrendatario, y del comprador o vendedor, en este caso, el núcleo esencial del investigador penal, disciplinario o fiscal no es el procedimiento de selección porque se sabe y acepta legalmente que es la contratación directa, aquí se centra el punto de la investigación en la necesidad de arrendar o adquirir el bien, y el valor del canon de arrendamiento y del avalúo con fundamento se compra el bien por el mecanismo de la negociación directa y el valor por el que se expide la oferta de compra y la expedición del acto administrativo de expropiación administrativa.

g.- Los contratos adicionales, las adiciones y las mayores cantidades de obra.

Si bien, los contratos adicionales, las adiciones y las mayores cantidades de obra, no hacen parte de los procedimientos de selección de contratistas, en tanto la ley y la jurisprudencia contenciosa administrativa vigente prevé que éstas instituciones son propias de la fase de ejecución del contrato y se pactan directamente con el contratista dentro cual se presenta se necesidad y justificación, se observa ellas están establecidas para los casos en que durante la ejecución del contrato se requieran mayor cantidad de obras, mayores ítems, componentes, actividades, recursos económicos para lograr terminar el objeto y finalidad del objeto inicialmente contratado.

El núcleo esencial de una investigación penal, fiscal y disciplinaria en este caso es verificar si la administración público tomo éstas decisiones para favorecer tanto al contratista como al interventor garantizándole la ejecución de mayor cantidad de actividades, de recursos y a obtener una mayor utilidad a la inicialmente contratada en detrimento del patrimonio público y del principio de selección objetiva y de transparencia contractual.

Entonces, el órgano de control se centra en contrastar el mecanismo de adición, contrato adicional o de las mayores cantidades de obra utilizado, su necesidad, justificación, límite del 50% por ciento del valor del presupuesto inicial expresado en salario mínimos legales mensuales vigentes, salvo las mayores cantidades de obra a quienes no aplica este límite porcentual, así como tambien se requiere la imposibilidad de prever estas adiciones al momento de planear el contrato original.

Si el órgano de control encuentra que éstos presupuestos tienen apariencia formal justificación, pero existe algún otro móvil de interés, procede a declarar la vulneración del principio de transparencia y de selección objetiva, lo que sugiere al operador contractual acudir a este instituto de ejecución contractual, de manera excepcionalísima, casi equiparando sus presupuestos legales al extremo guardado el símil a las causas de urgencia manifiesta, para evitar quedar en manos del subjetivismo del operador penal, de control fiscal o disciplinario.

i. La modificación e interpretación unilateral del contrato estatal de acuerdo al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La modificación e interpretación unilateral del contrato, son cláusulas de aplicación unilateral de carácter exorbitante, cuyas reglas se encuentran en los artículo 14 y siguientes de la ley 80 de 1993. La aplicación de ambas figuras supone para la expedición del acto administrativo correspondiente el certificado de disponibilidad y de registro presupuestal siempre que la decisión implique un incremento presupuestal del contrato que deba asumir la administración contratante. De allí, que si el órgano de control encuentra que la finalidad o móvil de la decisión, a pesar del cumplimiento de los requisitos formales para la expedición del acto administrativo, es la de favorecer el interés particular de los contratista o un tercero, adecuaría tal comportamiento en la violación al principio de transparencia y responsabilidad contractual.

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis

que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración. Consiste en el estudio de mercado, el estudio de precios soporte del presupuesto del proceso de selección.

5. *La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.* Esta justificación varía según la modalidad de selección, pues ello varía según sea licitación, selección abreviada o concurso de méritos prevista en los artículos 12, 13 del decreto 2474 de 2008, así:

Artículo 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.

2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá: El literal b) fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00035-00(36.601), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009.

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones

podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costobeneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no

lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

Artículo 13. Oferta con valor artificialmente bajo. Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Oídas las explicaciones, el comité asesor de que trata el parágrafo 2° del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo. En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos.

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. REQUISITOS, ESTUDIO O DOCUMENTO PREVIO TÉCNICO, ECONÓMICO O JURÍDICO, según sea la naturaleza del riesgo.

En relación a los riesgos que representa para la ejecución del contrato, a la planeación del mismo y el presupuesto inicialmente estipulado, los estudios técnicos y de diseño, debo señalar que tanto las autoridades públicas contratantes, como los órganos de control penal, fiscal y disciplinario deben tener en cuenta que en el mundo real de los contratos por circunstancias naturales y propias de los contratos de estudios y diseños, el cien por ciento de los productos de

diseños elaborados está sometidos a un nivel de riesgo de ajustes, complementaciones, adaptaciones y de faltantes, por riesgos previsibles propios del proyecto o por factores externos al proyecto pero que lo afectan. De allí, que todo proyecto de infraestructura de obra pública en ejecución requiere un constante monitoreo por parte de la administración contratista para administrar los riesgos externos e internos que se vayan presentando para tomar las medidas contractuales durante la ejecución del contrato, a través de atos, actas modificatorias, adiciones o contratos adicionales o la aplicación de las cláusulas excepcionales.

Lo que no pueden pretender los órganos de control, es que un proyecto que se contrate conforme a un presupuesto inicial que se altere por causas externas, ajenas y no atribuibles al contratista por riesgos imprevisibles y no asumidas por el contratista original o cesionario si este existiere, se ejecuten las mayores cantidades de obra con cargo al presupuesto del contrato inicial que afecte la ecuación económica del contrato. Sería una irracional manera de administrar los riesgos de los contratos en Colombia, política que impediría que la ingeniería nacional y extranjera le apueste a proyecto de infraestructura de alta gama y con ello de alto riesgo.

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

REQUISITOS, ESTUDIO O DOCUMENTO PREVIO TÉCNICO, ECONOMICO O JURIDICO, según sea la naturaleza del riesgo.

Conforme a la Ley 1150 de 1007, la entidad pública puede exigir a además de la póliza de garantía, exigir la fiducia en garantía, los pagarés, títulos financieros del mercado y cartas de crédito. Ello implica que que las entidades en atención a la naturaleza, plazo, presupuesto, cronograma, flujo financiero del proyecto, formas de financiación, obra pública o concesión, señala en los pliegos de condiciones y en el mismo contrato la garantía de cumplimiento, lo que debe garantizar la eficacia del cumplimiento y ampara de los recursos incorporados al proyecto, así como la eficacia de la prestación del servicios público.

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

Parágrafo 4°. En el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.

Los estudios técnicos, tales como estudios y diseños, estudios de suelo, estudios de tráfico promedio diario, semanal, mensual o anual, planos, diseños geométricos, arquitectónicos, relieve, geológicos, estudios de sismoresistencia, de erodabilidad etc, deben entenderse como los suficientes para ordenar la apertura de la licitación pública, presentar la propuesta, suscribir el contrato y ejecutarlo, pues debe entenderse que en materia de estudios técnicos previos no existe materialmente la posibilidad de que la suficiencia abarque el carácter de lo absoluto, es decir, que deben ser matemáticamente exactos, en la medida en que en los proyectos de construcción dada su gran complejidad no es posible que estos no estén sometidos al riesgo y al alea de ajustes o modificación que surgen en el avance del proyecto.

De allí, que si los estudios técnicos son objeto de replanteamiento, ajustes o variaciones debido a necesidades que surjan durante el desarrollo del contrato, no es posible que jurídicamente este hecho se califique como ausencia de requisitos legales esenciales en la celebración del contrato. En los contratos de obra pública tradicionales o clásicos, en donde el diseñador le entrega al constructor los productos, es posible que existan diferencias entre el diseñador y el constructor, que deben resolverse, pero esto ocurre cuando ya el constructor ha suscrito el contrato, porque es cuando éste le surge en desarrollo de sus obligaciones de ejecución el deber contractual de conocer los estudios y diseños. Estas diferencias no implican ni que los estudios sea insuficientes, ni que haya que sustituíámos en su integridad, sino que se hace necesario ajustarlos por necesidades que surgen en terreno, no por el capricho del constructor.

Si los diseños requieren ser cambiados en su totalidad, estamos en presencia de causal de terminación del contrato por imposibilidad material de su ejecución, siendo esto distinto al

ajuste que surge precisamente de la ejecución del mismo, y que es posible continuar con su ejecución, pero en condiciones parcialmente distintas en el componente que requiere del ajuste. No así ocurre con los contratos llave en mano, donde el mismo constructor es el diseñador, pues allí no existe desavenencia entre diseñador y constructor porque es el mismo, y cualquier ajuste debe hacerlo directamente el diseñador constructor, actuando bajo su integral y exclusiva responsabilidad. En síntesis, los estudios técnicos no pueden ser considerados como definitivos porque ellos están sometidos a los riesgos técnicos propios del contrato, que si son previsibles se pueden administrar, pero si son imprevisibles tendrán que presentarse para que la Entidad pueda enfrentarlos y administrarlos.

Los estudios financieros, hace relación al estudio económico del contrato, el estudio de mercado, el estudio de precios, los costos de financiación del contrato, si el contrato es de concesión, comprende no solo los costos del contrato, sino la inversión, los costos financieros de la mencionada inversión, todo sometidos a los riesgos financieros de mercado algunos previsibles y otros imprevisibles. Los estudios jurídicos, comprenden esencialmente la justificación de la modalidad de selección, y los conceptos que sobre el particular le solicite las dependencias de la Entidad en relación al proceso de selección.

c). Falta disciplinaria: Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal, sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental. Artículo 48, numeral 30 de la Ley 734 de 2002.

La licencia ambiental en Colombia se encuentra regulada en los artículos 49 y siguientes de la Ley 99 de 1993, reglamentada por el decreto 1220 de 2005. La Ley 99 dispone:

El Artículo 49°.- *De la Obligatoriedad de la Licencia Ambiental.* La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental.

Artículo 50°.- *De la Licencia Ambiental.* Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. Reglamentado Decreto Nacional 1753 de 1994 licencias ambientales.

Artículo 51°.- *Competencia.* Las Licencias Ambientales serán otorgadas por el Ministerio del medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y algunos municipios y distritos, de conformidad con lo previsto en esta Ley. **Reglamentado** Decreto Nacional 1753 de 1994 licencias ambientales.

En la expedición de las licencias ambientales y para el otorgamiento de los permisos, concesiones y autorizaciones se acatarán las disposiciones relativas al medio ambiente y al control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico, expedidas por las entidades territoriales de la jurisdicción respectiva.

El Decreto Nacional Reglamentario No. 1220 de 2005 dispuso:

“Artículo 2º. Autoridades ambientales competentes. Son autoridades competentes para otorgar o negar licencia ambiental, conforme a la ley y al presente decreto, las siguientes:

1. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible.
3. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano.
4. Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, y
5. Las entidades territoriales delegatarias de las Corporaciones Autónomas Regionales, salvo cuando se trate de la realización de proyectos, obras o actividades ejecutadas por la misma entidad territorial.

Para efectos de la delegación, las corporaciones autónomas regionales tendrán en cuenta especialmente, la capacidad técnica, económica, administrativa y operativa de las entidades territoriales para ejercer las funciones delegadas.

Artículo 3º. Concepto y alcance de la licencia ambiental. La licencia ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad.

La licencia ambiental deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad. Ningún proyecto, obra o actividad requerirá más de una licencia ambiental.

Artículo 4º. Licencia ambiental global. Es la autorización otorgada por la autoridad ambiental competente para las obras y actividades relacionadas con los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos.

Para el desarrollo de cada una de las actividades y obras definidas en la etapa de la explotación es necesario presentar un Plan de Manejo Ambiental, conforme a los términos, condiciones y obligaciones establecidas en la licencia ambiental global.

Dicho Plan de Manejo Ambiental no estará sujeto a evaluación previa por parte de la autoridad ambiental competente; por lo tanto el interesado, una vez presentado este, iniciará la ejecución de las obras y actividades, que serán objeto de control y seguimiento ambiental.

Artículo 5º. La licencia ambiental frente a otras licencias. La obtención de la licencia ambiental, es condición previa para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales.

Artículo 6º. Término de la licencia ambiental. La licencia ambiental se otorgará por la vida útil del proyecto, obra o actividad y cobijará las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación.

TITULO II

EXIGIBILIDAD DE LA LICENCIA AMBIENTAL

Artículo 7º. Proyectos, obras y actividades sujetos a licencia ambiental. Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8º y 9º del presente decreto.

Artículo 8º. Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

1. En el sector hidrocarburos:

- a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular;
- b) Los proyectos de perforación exploratoria, por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;
- c) La explotación de hidrocarburos que incluye las instalaciones propias de la actividad y obras complementarias incluidas el transporte interno del campo por ductos y su almacenamiento interno, las vías y demás infraestructura asociada;
- d) El transporte y conducción de hidrocarburos líquidos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción con diámetros iguales o superiores a 6 pulgadas (15.24 cm), y el transporte de hidrocarburos gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación y que reúnan las siguientes condiciones: Longitudes mayores de diez (10) kilómetros, diámetros mayores a seis (6) pulgadas y presión de operación superior a veintiocho (28) bares (400 psi), incluyendo estaciones

de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo;

e) Los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos líquidos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte por ductos;

f) La construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación.

2. En el sector minero:

La explotación minera de:

a) **Carbón:** Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 toneladas/año;

b) **Materiales de construcción:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 600.000 toneladas/año;

c) **Metates y piedras preciosas:** Cuando la explotación de material removido proyectado sea mayor o igual a 2.000.000 de toneladas/año;

d) **Otros minerales:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 toneladas/año.

3. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua.

4. En el sector eléctrico:

a) La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW;

b) Los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes;

c) El tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica, compuesto por el conjunto de líneas con sus correspondientes módulos de conexión (subestaciones) que se proyecte operen a tensiones iguales o superiores a 220 KW.

5. Los proyectos para la generación de energía nuclear.

6. En el sector marítimo y portuario:

- a) La construcción o ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado;
- b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos marítimos de gran calado.

7. La construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas pistas en los mismos.

8. Proyectos de la red vial nacional referidos a:

- a) La construcción de carreteras;
- b) La construcción de segundas calzadas;
- c) La construcción de túneles con sus accesos.

9. Obras públicas en la red fluvial nacional:

- a) La construcción de puertos;
- b) El cierre de brazos y madrevejas activos;
- c) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.

10. La construcción de vías férreas y variantes de la red férrea nacional.

11. La construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje con coberturas superiores a 20.000 hectáreas.

12. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 500 de 2006. La importación y producción de pesticidas y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales. La importación de plaguicidas químicos de uso agrícola, se ajustará al procedimiento señalado en la Decisión Andina 436 del Acuerdo de Cartagena y sus normas reglamentarias.

13. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 500 de 2006. Los proyectos que afecten las Areas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

14. Los proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el inciso segundo del numeral 19 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

15. Los proyectos que requieran trasvase de una cuenca a otra con corrientes de agua que excedan

de 2 m³/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

16. La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas o variedades silvestres foráneas con fines de reproducción y comercialización para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre. La licencia ambiental contemplará la fase de investigación o experimental y la fase comercial. La fase de investigación involucra las etapas de importación del pie parental, la instalación o construcción del zoocriadero y las actividades de investigación o experimentación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental.

Parágrafo 1º. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 500 de 2006. Se entiende que un proyecto afecta las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando se realiza dentro de estas o en la zona amortiguadora correspondiente, previamente definida por la autoridad. Los senderos de interpretación, los destinados a la investigación y aquellos de control y vigilancia, requerirán solamente de la autorización de la Unidad Administrativa Especial; del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Parágrafo 2º. Los zoocriaderos de especies exóticas o foráneas a los que se refiere el numeral 16 del presente artículo, no podrán adelantar actividades comerciales con individuos introducidos, ni con su producción, en ninguno de sus estadios biológicos, a menos que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial los haya autorizado como predios proveedores y solamente cuando dichos especímenes se destinen a establecimientos legalmente autorizados para su manejo en ciclo cerrado.

Parágrafo 3º. No se podrá autorizar la introducción al país de parentales de especies, subespecies, razas o variedades exóticas o foráneas que hayan sido considerados como invasoras o potencialmente invasoras por entidades científicas, académicas u organismos ambientales de

carácter internacional o nacional, y declaradas como tal por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con el soporte técnico y científico de los Institutos de Investigación Científica vinculados al Ministerio.

Parágrafo 4º. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial señalará las especies exóticas o foráneas que a la fecha de expedición de este decreto, hayan sido introducidas irregularmente al país y puedan ser objeto de actividades de cría en ciclo cerrado. Lo anterior sin perjuicio de la imposición de las medidas preventivas y sancionatorias a que haya lugar.

Artículo 9º. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales. Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, otorgarán o negarán la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, que se ejecuten en el área de su jurisdicción.

1. En el sector minero

La explotación minera de:

- a) **Carbón:** Cuando la explotación proyectada sea menor a 800.000 toneladas/año;
- b) **Materiales de construcción:** Cuando la explotación proyectada de mineral sea menor a 600.000 toneladas/año;
- c) **Metales y piedras preciosas:** Cuando la explotación proyectada de material removido sea menor a 2.000.000 de toneladas/año;
- d) **Otros minerales:** Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a 1.000.000 de toneladas/año.

2. La construcción de presas, represas o embalses cualquiera sea su destinación con capacidad igual o inferior a 200 millones de metros cúbicos de agua.

3. En el sector eléctrico:

a) La construcción y operación de centrales generadoras con una capacidad mayor o igual a 10 MW y menor de 100 MW;

b) El tendido de líneas del sistema de transmisión conformado por el conjunto de líneas con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 KV y que no pertenecen a un sistema de distribución local.

4. En el sector marítimo y portuario:

a) La construcción, ampliación y operación de puertos marítimos que no sean de gran calado;

b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos que no sean considerados como de gran calado;

c) Construcción de rompeolas, tajamares, canales y rellenos hidráulicos;

d) La estabilización de playas y entradas costeras;

e) La creación de playas artificiales y de dunas.

5. La construcción y operación de aeropuertos del nivel nacional y de nuevas pistas en los mismos.

6. Proyectos en la red vial secundaria y terciaria:

a) La construcción de carreteras;

b) La construcción de nuevas calzadas;

c) La construcción de túneles con sus accesos.

7. Ejecución de obras de carácter privado en la red fluvial nacional:

a) La construcción y operación de puertos;

b) El cierre de brazos y madrevejas en la red fluvial;

c) La construcción de espolones;

d) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.

8. La construcción de vías férreas regionales y variantes de estas.

9. La construcción y operación de instalaciones cuyo objeto sea el almacenamiento, tratamiento,

aprovechamiento, recuperación y/o disposición final de residuos o desechos peligrosos.

10. La construcción y operación de rellenos sanitarios.

11. La construcción y operación de sistemas de tratamiento de aguas residuales que sirvan a poblaciones iguales o superiores a 200.000 habitantes.

12. La industria manufacturera para la fabricación de:

a) Sustancias químicas básicas de origen mineral;

b) Alcoholes;

c) Ácidos inorgánicos y sus compuestos oxigenados.

13. Los proyectos cuyo objeto sea el almacenamiento de sustancias peligrosas, con excepción de los hidrocarburos.

14. La construcción y operación de distritos de riego y/o drenaje para áreas mayores o iguales a 5.000 hectáreas e inferiores o iguales a 20.000 hectáreas.

15. Los proyectos que requieran transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua igual o inferior a 2 m³/segundo durante los períodos de mínimo caudal.

16. La caza comercial y el establecimiento de zoocriaderos con fines comerciales.

Parágrafo 1º. Para los efectos del numeral 16 del presente artículo, la licencia ambiental contemplará las fases experimental y comercial. La fase experimental incluye las actividades de caza de fomento, construcción o instalación del zoocriadero y las actividades de investigación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental. Cuando las actividades de caza de fomento se lleven a cabo fuera del área de jurisdicción de la entidad competente para otorgar la licencia ambiental, la autoridad ambiental con jurisdicción en el área de distribución del recurso deberá expedir un permiso de caza de fomento de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. De igual forma, no se podrá autorizar la caza comercial de individuos de especies sobre las cuales exista veda o prohibición.

Parágrafo 2º. Las Corporaciones Autónomas Regionales solamente podrán otorgar licencias ambientales para el establecimiento de zoocriaderos con fines comerciales de especies exóticas en ciclo cerrado, para tal efecto, el pie parental deberá provenir de un zoocriadero con fines comerciales que cuente con licencia ambiental y se encuentre debidamente autorizado como predio proveedor.

Parágrafo 3º. Cuando de acuerdo con las funciones señaladas en la ley, la licencia ambiental para la construcción y operación para los proyectos, obras o actividades de que trata este artículo, sea solicitada por las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y las autoridades ambientales a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 768 de 2002, esta será de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 4º. Las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales no tendrán las competencias señaladas en el presente artículo, cuando los proyectos, obras o actividades formen parte de un proyecto cuya licencia ambiental sea de competencia privativa del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 5º. Las licencias ambientales de los proyectos relacionados con el numeral 10 y 11 del presente artículo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, solamente podrán ser solicitadas y otorgadas a:

- a) Empresas de servicios públicos debidamente registradas;
- b) Personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas

de servicios públicos;

- c) Municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto a la Ley 142 de 1994;
- d) Organizaciones autorizadas conforme a la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas;
- e) Entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994.

Parágrafo 6º. Cuando el aprovechamiento y/o el almacenamiento temporal de residuos sólidos requieran del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, deberán contar con los permisos, concesiones y/o autorizaciones necesarias. Asimismo, la disposición final de los subproductos no aprovechables que se generen en desarrollo de estas actividades, deberá realizarse en un sistema de disposición final autorizado por la autoridad ambiental competente.

Artículo 10. De los ecosistemas especiales. Cuando los proyectos a que se refiere el artículo 9º del presente decreto, pretendan intervenir humedales incluidos en la lista de humedales de importancia internacional, la autoridad ambiental competente, deberá solicitar concepto previo al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo. Igualmente, cuando los proyectos a que se refieren los artículos 8º y 9º del presente decreto, pretendan ser desarrollados en ecosistemas de páramos, humedales y/o manglares, las autoridades ambientales deberán tener en cuenta las determinaciones que sobre la materia se hayan adoptado en relación con la conservación y el uso sostenible de dichos ecosistemas a través de los diferentes instrumentos administrativos de manejo ambiental.

Artículo 11. Definición de competencias. Cuando el proyecto, obra o actividad se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, designará la autoridad ambiental competente para decidir sobre el otorgamiento de la licencia ambiental.

En el acto de otorgamiento de la misma, la autoridad designada precisará la forma de participación de cada entidad en el proceso de seguimiento.

En todo, caso, una vez otorgada la licencia ambiental, el beneficiario deberá cancelar las tasas ambientales a la autoridad ambiental en cuya jurisdicción se haga el uso, aprovechamiento y/o vertimiento respectivo. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, la autoridad ambiental a la cual se formule la solicitud de licencia ambiental o el interesado, si considera que existe colisión o concurrencia de competencias sobre el proyecto, obra o actividad, pondrá en conocimiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dicha situación, para que este designe dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a una de las autoridades ambientales competentes, como responsable de adelantar el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental.

T I T U L O III

ESTUDIOS AMBIENTALES

Artículo 12. De los estudios ambientales. Los estudios ambientales a los que se refiere este título son el Diagnóstico Ambiental de Alternativas y el Estudio de Impacto Ambiental que deberán ser presentados ante la autoridad ambiental competente.

Los estudios ambientales son objeto de emisión de conceptos técnicos, por parte de las

autoridades ambientales competentes.

Artículo 13. De los términos de referencia. Los términos de referencia son los lineamientos generales que la autoridad ambiental señala para la elaboración y ejecución de los estudios ambientales que deben ser presentados ante la autoridad ambiental competente.

Los estudios ambientales se elaborarán con base en los términos de referencia que sean expedidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. La autoridad ambiental competente podrá adaptarlos a las particularidades del proyecto, obra o actividad.

El solicitante de la licencia ambiental deberá utilizar los términos de referencia, de acuerdo con las condiciones específicas del proyecto, obra o actividad que pretende desarrollar.

Conservarán plena validez los términos de referencia proferidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto. No obstante, dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la publicación del presente decreto, este Ministerio, deberá expedir o actualizar aquellos que se requieran.

Mientras el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expide tales términos de referencia, las autoridades ambientales los fijarán de forma específica para cada caso dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud:

No obstante la utilización de los términos de referencia, el solicitante deberá presentar el estudio con el cumplimiento de la metodología general para la presentación de estudios ambientales, que para el efecto expedirá este Ministerio y que serán de obligatorio cumplimiento.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expedirá esta metodología en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la publicación del presente decreto, la cual podrá ser actualizada cuando se considere pertinente.

Artículo 14. Participación de las comunidades. En los casos en que se requiera, deberá darse

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique.

Artículo 15. Del manual de evaluación. Para la evaluación de los estudios ambientales, las autoridades ambientales adoptarán los criterios generales definidos en el manual de evaluación que expedirá el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación de este decreto.

Diagnóstico ambiental de alternativas

Artículo 16. Objeto del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Tendrá como objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Las diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico y sus características ambientales y sociales, análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas.

Lo anterior con el fin de aportar los elementos requeridos para seleccionar la alternativa o alternativas que permitan optimizar y racionalizar el uso de recursos y evitar o minimizar los riesgos, efectos e impactos negativos que puedan generarse.

Artículo 17. Exigibilidad del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. El interesado deberá solicitar pronunciamiento respecto de sí el proyecto, obra o actividad que se pretende realizar requiere de la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en los siguientes casos:

1. Los proyectos, obras o actividades cuya competencia está atribuida al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Lo anterior salvo lo dispuesto por la Ley 685 de 2001 - Código

de Minas.

2. Los proyectos, obras o actividades de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales a que se refieren los numerales 2, 3 literal a), 7 literal a) y 10, del artículo 9º del presente decreto.

Artículo 18. Contenido básico del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. El Diagnóstico Ambiental de Alternativas deberá contener:

1. Objetivo y alcance del proyecto, obra o actividad.
2. La descripción del proyecto, obra o actividad.
3. La descripción general de las alternativas de localización del proyecto, obra o actividad caracterizando ambientalmente el área de interés e identificando las áreas de manejo especial, así como también las características del entorno social y económico para cada alternativa presentada.
4. La información sobre la compatibilidad del proyecto con los usos del suelo establecidos en el POT.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 2201 de 2003, o la norma que lo modifique o sustituya.

5. La identificación y análisis comparativo de los potenciales riesgos y efectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales renovables para las diferentes alternativas estudiadas.
6. Identificación de las comunidades y de los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto, obra o actividad.
7. Selección y justificación de la mejor alternativa.
8. Un análisis costo-beneficio ambiental de las alternativas.

Artículo 19. Verificación. Para la revisión y evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, la autoridad ambiental competente deberá verificar que este cumple con el objeto y contenido establecidos en los artículos 13, 16 y 18 del presente decreto, y que presente claramente las

diferentes alternativas del proyecto con un análisis comparativo de los diferentes impactos ambientales de cada una de ellas, especificando cuáles de estos no se pueden evitar o mitigar.

Se debe revisar y evaluar que la información del diagnóstico sea relevante y suficiente para la selección de la mejor alternativa del proyecto, y que presente respuestas fundamentadas a las inquietudes y observaciones de la comunidad.

Estudio de impacto ambiental

Artículo 20. Del estudio de impacto ambiental. El estudio de impacto ambiental es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que se requiera licencia ambiental de acuerdo con la ley y este reglamento. Este estudio deberá corresponder en su contenido y profundidad a las características y entorno del proyecto, obra o actividad, e incluir lo siguiente:

1. Objeto y alcance del estudio.
2. Un resumen ejecutivo de su contenido.
3. La delimitación del área de influencia directa e indirecta del proyecto, obra o actividad.
4. La descripción del proyecto, obra o actividad, la cual incluirá: localización, etapas, dimensiones, costos estimados, cronograma de ejecución, procesos, identificación y estimación básica de los insumos, productos, residuos, emisiones, vertimientos y riesgos inherentes a la tecnología a utilizar, sus fuentes y sistemas de control.
5. La información sobre la compatibilidad del proyecto con los usos del suelo establecidos en el POT.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 2201 de 2003.

6. La información sobre los recursos naturales renovables que se pretenden usar, aprovechar o

afectar para el desarrollo del proyecto, obra o actividad.

7. Identificación de las comunidades y de los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto, obra o actividad.

8. La descripción, caracterización y análisis del medio biótico, abiótico, socioeconómico en el cual se pretende desarrollar el proyecto, obra o actividad.

9. La identificación y evaluación de los impactos ambientales que puedan ocasionar el proyecto, obra o actividad, indicando cuáles pueden prevenirse, mitigarse, corregirse o compensarse.

10. La propuesta de Plan de Manejo Ambiental del proyecto, obra o actividad que deberá contener lo siguiente:

a) Las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos ambientales negativos que pueda ocasionar el proyecto, obra o actividad en el medio ambiente y/o a las comunidades durante las fases de construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación del proyecto obra o actividad;

b) El programa de monitoreo del proyecto, obra o actividad con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones ambientales durante la implementación del Plan de Manejo Ambiental, y verificar el cumplimiento de los estándares de calidad ambiental establecidos en las normas vigentes. Asimismo, evaluar mediante indicadores el desempeño ambiental previsto del proyecto, obra o actividad, la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo ambiental adoptadas y la pertinencia de las medidas correctivas necesarias y aplicables a cada caso en particular;

c) El plan de contingencia el cual contendrá las medidas de prevención y atención de la emergencias que se puedan ocasionar durante la vida del proyecto, obra o actividad;

d) Los costos proyectados del Plan de Manejo en relación con el costo total del proyecto obra o actividad y cronograma de ejecución del Plan de Manejo.

Parágrafo. El estudio de impacto ambiental para las actividades de perforación exploratoria deberá adelantarse sobre el área de interés geológico específico que se declare, siendo necesario incorporar en su alcance entre otros aspectos, un análisis de la sensibilidad ambiental del área de

interés, los corredores de las vías de acceso, instalaciones de superficie de pozos tipo, pruebas de producción y el transporte en carro tanques y/o líneas de conducción de los fluidos generados.

Artículo 21. Criterios para la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. Para la revisión y evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental competente deberá verificar que este cumple con el objeto y contenido establecidos en los artículos 13 y 20 del presente decreto; contenga información relevante y suficiente acerca de la identificación y calificación de los impactos, especificando cuáles de ellos no se podrán evitar o mitigar, sí como las medidas de manejo ambiental correspondientes.

De igual manera, se debe evaluar y verificar que el Plan de Manejo Ambiental presente las medidas adecuadas para la mitigación, corrección, prevención y/o compensación de los impactos ambientales identificados, así como los recursos (técnicos y financieros) requeridos; presente un plan de contingencia consistente con el análisis de riesgos y vulnerabilidad del proyecto, obra o actividad, y presente un plan de monitoreo con indicadores que faciliten la verificación del cumplimiento de los compromisos y obligaciones ambientales.

TÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCION DE LA LICENCIA AMBIENTAL

Artículo 22. De la evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. En los casos en que se requiera pronunciamiento sobre la exigibilidad o no de Diagnóstico Ambiental de Alternativas, se surtirá el siguiente procedimiento:

1. El interesado en obtener licencia ambiental deberá formular petición por escrito dirigida a la autoridad ambiental competente, en la cual solicitará que se determine si el proyecto, obra o actividad requiere o no de la elaboración y presentación de Diagnóstico Ambiental de Alternativas.
2. Dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud, la autoridad ambiental mediante acto administrativo se pronunciará sobre si el proyecto requiere o no de la presentación de Diagnóstico Ambiental de Alternativas. En el evento de no requerirse, expedirá los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, cuando estos no hayan sido previamente establecidos para el sector. En este caso se continuará con el procedimiento señalado en el artículo 23 de este decreto.
3. En caso de que se requiera la presentación de Diagnóstico Ambiental de Alternativas, y dentro del mismo término antes señalado, la autoridad ambiental expedirá los términos de referencia para

su elaboración, cuando estos no hayan sido previamente establecidos para el sector.

4. Presentado el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, la autoridad ambiental competente expedirá en un término de diez (10) días hábiles siguientes a la radicación del mismo, el acto de iniciación de trámite, que se notificará y publicará en los términos del artículo 70 de la Ley 99 de 1993, y procederá a la evaluación del mismo.

5. La autoridad ambiental competente, en un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la expedición del auto de iniciación de trámite, elegirá la alternativa o las alternativas sobre las cuales debe elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental y fijará los términos de referencia para la elaboración del mismo.

Artículo 23. De la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. En los casos en que no se requiera pronunciamiento sobre la exigibilidad de Diagnóstico Ambiental de Alternativas, o una vez surtido el procedimiento señalado en el artículo anterior, el interesado deberá presentar el Estudio de Impacto Ambiental acompañado con el Formato Unico Nacional de Solicitud de licencia ambiental, a que se refiere el artículo 24 de este decreto, según lo dispuesto a continuación:

1. A partir de la fecha de radicación del Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental contará con diez (10) días hábiles para verificar que la documentación esté completa, expedir el auto de iniciación de trámite en los casos a que se refiere el numeral 2 del artículo anterior, y comprobar que el valor cancelado por concepto del servicio de evaluación esté conforme a las normas vigentes.

2. Cumplido este término, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, la autoridad ambiental podrá solicitar al interesado la información adicional que se considere indispensable. En este caso se suspenderán los términos que tiene la autoridad para decidir.

3. Allegada la información requerida, la autoridad ambiental dispondrá de quince (15) días hábiles para solicitar a otras autoridades o entidades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes que deben ser remitidos en un plazo no superior a treinta (30) días hábiles, contados desde la fecha de radicación de la comunicación correspondiente.

4. Recibida la información o vencido el término de requerimiento de informaciones a otras autoridades o entidades, se expedirá el auto de trámite que declare reunida toda la información requerida para decidir.

5. La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto, obra o

actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental, en un término no mayor a quince (15) días hábiles, contados a partir de la expedición del citado auto.

6. Contra la resolución por la cual se otorga o se niega la licencia ambiental procede el recurso de reposición ante la misma autoridad ambiental que profirió el acto.

7. Para los efectos de la publicidad de las decisiones que pongan fin a la actuación, se observará lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 99 de 1993.

Parágrafo. Al efectuar el cobro del servicio de evaluación, las autoridades ambientales tendrán en cuenta el sistema y método de cálculo establecido en el artículo 96 de la Ley 633 de 2000 y sus normas reglamentarias, para lo cual deberán considerar que esta comprende el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en los casos que haya lugar, y el Estudio de Impacto Ambiental.

Artículo 24. Del Formato Único Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental. El Formato Único Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental a que se refiere el artículo 22, contendrá los datos del solicitante, la relación de los recursos naturales renovables que requiere utilizar para el desarrollo del proyecto, la manifestación de afectación o no al Sistema de Parques Nacionales Naturales, sus zonas de amortiguación, cuando estas estén definidas, o a otras áreas de manejo especial. Adicionalmente deberá anexar la siguiente documentación:

- a) Plano de localización del proyecto, obra o actividad, en base cartográfico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC;
- b) Poder debidamente otorgado cuando se actúe por medio de apoderado.
- c) Certificado de existencia y representación legal para el caso de persona jurídica;
- d) Descripción explicativa del proyecto, obra o actividad, que incluya por lo menos su localización, dimensión y costo estimado de inversión y operación;
- e) Descripción de las características ambientales generales del área de localización del proyecto, obra o actividad;
- f) Información sobre la presencia de comunidades localizadas en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad propuesta;
- g) Certificado del Ministerio del Interior y de Justicia sobre comunidades indígenas y/o negras tradicionales;

h) Autoliquidación y dos (2) copias de la constancia de pago por los servicios de evaluación de la licencia ambiental, para las solicitudes radicadas ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial;

i) El estudio de impacto ambiental en original y medio magnético.

Parágrafo 1º. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial determinará dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente decreto, el Formato Unico Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental. Ver la Resolución del Min. Ambiente 958 de 2005

Parágrafo 2º. Cuando se trate de proyectos, obras o actividades de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el peticionario deberá igualmente radicar una copia del estudio de impacto ambiental ante las respectivas autoridades ambientales regionales con el fin de que estas emitan el pronunciamiento de su competencia. De la anterior radicación se deberá allegar constancia a este Ministerio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes con destino al expediente.

Parágrafo 3º. En los casos relacionados con actividades mineras que requieran licencias ambientales se estará al procedimiento señalado en el artículo 282 de la Ley 685 del 2001 -Código de Minas o la norma que lo modifique.

Artículo 25. Contenido de la licencia ambiental. El acto administrativo en virtud del cual se otorga una licencia ambiental contendrá:

1. La identificación de la persona natural o jurídica, pública o privada a quien se autoriza la ejecución o desarrollo de un proyecto, obra o actividad, indicando el nombre o razón social, documento de identidad y domicilio.
2. El objeto general y localización del proyecto, obra o actividad.
3. Un resumen de las consideraciones y motivaciones de orden ambiental que han sido tenidas en cuenta para el otorgamiento de la licencia ambiental.
4. Lista de las diferentes actividades y obras que se autorizan con la licencia Ambiental.
5. Los recursos naturales renovables que se autorizan utilizar, aprovechar y/o afectar, así mismo las condiciones, prohibiciones y requisitos de su uso.
6. Los requisitos, condiciones y obligaciones adicionales al Plan de Manejo Ambiental presentado

que debe cumplir el beneficiario de la licencia ambiental durante la construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono o terminación del proyecto, obra o actividad.

7. La obligatoriedad de publicar el acto administrativo, conforme al artículo 71 de la Ley 99 de 1993.

8. Las demás que estime la autoridad ambiental competente.

T I T U L O V

MODIFICACION, CESION, SUSPENSION O REVOCATORIA, Y CESACION DEL TRAMITE DE LA LICENCIA AMBIENTAL

Artículo 26. Modificación de la licencia ambiental. La licencia ambiental podrá ser modificada en los siguientes casos:

1. En consideración a la variación de las condiciones existentes al momento de otorgar la licencia ambiental.

2. Cuando al otorgarse la licencia ambiental no se contemple el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, necesarios o suficientes para el buen desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad.

3. Cuando se pretendan variar las condiciones de uso, aprovechamiento o afectación de un recurso natural renovable, consagradas en la licencia ambiental.

Artículo 27. Procedimiento para la modificación de la licencia ambiental. Cuando se pretenda modificar una licencia ambiental el beneficiario de esta deberá presentar su solicitud y allegar a la autoridad ambiental competente la siguiente información:

1. La descripción de la(s) obra(s) o actividad(es) incluyendo planos y mapas de localización, el costo de la modificación y la justificación.

2. El complemento del estudio de impacto ambiental que contenga la descripción y evaluación de los nuevos impactos ambientales si los hubiera y los ajustes a la propuesta del Plan de Manejo Ambiental que corresponda.

3. Autoliquidación y dos copias de la constancia de pago del cobro por la prestación de los servicios de la evaluación de los estudios ambientales del proyecto, obra o actividad, para las

solicitudes radicadas ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

4. En los casos de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el peticionario deberá también radicar una copia del complemento de los estudios respectivos ante las autoridades ambientales regionales con jurisdicción en el área de influencia directa del proyecto; con el fin de que se pronuncien sobre la modificación solicitada si a ello hay lugar, para lo cual contarán con un término máximo de treinta (30) días hábiles. El peticionario allegará la constancia de radicación con destino al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

5. Presentada la solicitud con la totalidad de la información, la autoridad ambiental competente expedirá dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la petición un acto administrativo por medio del cual se da inicio al trámite de modificación de licencia ambiental.

6. El acto de inicio, se notificará y publicará en los términos del artículo 71 de la Ley 99 de 1993.

7. Revisada la documentación entregada, se determinará si es necesario exigir el aporte de información adicional, caso en el cual se dispondrá hasta de treinta (30) días hábiles para solicitar al interesado que allegue la misma.

Una vez reunida toda la información requerida, la autoridad ambiental competente decidirá sobre la modificación o no de la licencia ambiental, en un término que no podrá exceder de veinte (20) días hábiles.

Parágrafo. Para aquellas obras que respondan a modificaciones menores o de ajuste normal dentro del giro ordinario de la actividad licenciada y que no impliquen impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados y dimensionados en el estudio de impacto ambiental, el titular de la licencia, solicitará el pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad o no de adelantar el trámite para el procedimiento de modificación de la misma.

Esta deberá pronunciarse al respecto en un término que no podrá exceder de quince (15) días hábiles.

Artículo 28. Cambio de solicitante. Durante el trámite para el otorgamiento de la licencia ambiental y a petición de los interesados, podrá haber cambio de solicitante.

El cambio de solicitante no afectará el trámite de la licencia ambiental.

Artículo 29. Cesión de la licencia ambiental. El beneficiario de la licencia ambiental en cualquier

momento podrá cederla a otra persona, lo que implicar la cesión de los derechos y las obligaciones que se derivan de ella.

En tal caso, el cedente y el cesionario de la licencia ambiental solicitarán por escrito autorización a la autoridad ambiental competente, quien deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud mediante acto administrativo.

A la petición de la cesión se anexará copia del documento que contenga la cesión, los certificados de existencia y representación legal, si se trata de personas jurídicas, o la identificación, si se trata de personas naturales.

Artículo 30. De la modificación, cambio de solicitante y cesión del Plan de Manejo Ambiental. Lo dispuesto en los artículos 26, 27, 28 y 29 del presente decreto, se aplicará en lo pertinente a los Planes de Manejo Ambiental a que se refiere el artículo 40 de esta norma.

Artículo 31. Suspensión o revocatoria de la licencia ambiental. La licencia ambiental podrá ser suspendida o revocada mediante resolución motivada por la misma autoridad ambiental que la otorgó, sustentada en concepto técnico, cuando el beneficiario de la licencia ambiental haya incumplido cualquiera de los términos, condiciones, obligaciones o exigencias inherentes a ella consagrados en la ley, los reglamentos o en el mismo acto de otorgamiento.

Parágrafo. Antes de proceder a la revocatoria o suspensión de la licencia ambiental se requerirá por una sola vez al beneficiario de esta, para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido o presente las explicaciones que considere necesarias sobre las causas de su incumplimiento. En el mismo acto de requerimiento, la autoridad ambiental competente fijará el plazo para corregir el incumplimiento, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

Artículo 32. Cesación del trámite de licencia ambiental y del Plan de Manejo Ambiental. Las autoridades ambientales competentes de oficio o a solicitud del peticionario, declararán la cesación del trámite de las actuaciones para el otorgamiento de licencia ambiental o de establecimiento o imposición de Plan de Manejo Ambiental de proyectos, obras o actividades que conforme a las normas vigentes no requieran dichos instrumentos administrativos de manejo y control ambiental, y procederán a ordenar el archivo correspondiente.

Lo anterior sin perjuicio de tramitar y obtener los permisos, concesiones o autorizaciones ambientales a que haya lugar por el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables”

En aquellos contratos, donde la ley 99 de 1993 y el decreto reglamentario 1220 de 2005 exige de manera obligatoria la licencia ambiental como requisito previo de la apertura del proceso licitatorio y por ende de la adjudicación y celebración del contrato, constituye falta disciplinaria gravísima realizar todas las actuaciones anteriores sin el requisito previo, a menos que el plan de ordenamiento territorial exonere al ente público contratante de tal requisito, a menos que sea de aquellos casos en donde exigiéndose la licencia ambiental, la entidad pública sea vea obligada o forzada a contratar directamente previa declaración de la urgencia manifiesta mediante acto administrativo, donde la causal que motiva tal declaración, se constituye en la causal de justificación para contratar sin la respectiva licencia ambiental.

d).- Falta disciplinaria: Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con omisión de los estudios jurídicos previos requeridos para su ejecución. Artículo 48, numeral 30 de la Ley 734 de 2002.

Debe tenerse en cuenta que la norma jurídica plantea que la ausencia de estudios previos hace relación a aquellos que se requieren para su ejecución, lo que indica, que no cualquier requisito jurídico constituye una omisión y por ende falta disciplinaria, porque debe ser un requisito jurídico calificado, relevante, y es que por disposición de la ley o norma jurídica alguna, no se pueda ejecutar el contrato sin el mencionado estudio o requisitos jurídico. Si lo que faltare es un requisito jurídico, que pueda expedirse, subsanarse y al no impedir la ejecución del contrato, no puede tipificarse tal omisión a la falta disciplinaria contenida en esta descripción típica: Podrá explorarse la posibilidad de tipificar una eventual falta leve o grave si encuentra descripción típica en los numerales 34 y 35 del CDU.

Existen requisitos legales, que no necesariamente deben concurrir al momento de ordenar la apertura, adjudicación o celebración del contrato, porque puede incorporarse en el pliego y en la minuta del contrato como una exigencia para suscribir el contrato, o según el caso puede incorporarse en el pliego y en el contrato como una obligación de tramitar el requisito jurídico, tal como una autorización administrativa como uno de los requisitos para firmar el acta de inicio de la ejecución del contrato.

Tales requisitos jurídicos, cuando son autorizaciones administrativas entre otros son los siguientes, según el Decreto Nacional 564 de 2006, modificado por el decreto 1233 de 2009, que regula las licencias urbanísticas; el reconocimiento de edificaciones; la función pública que desempeñan los curadores urbanos; y la legalización de asentamientos humanos constituidos por viviendas de Interés Social. Este fue expedido, por el Gobierno Nacional en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 48 de la Ley 9ª de 1989, el artículo 99 y el numeral 3 del artículo 101 de la Ley 388 de 1997, el párrafo del artículo 7º y el artículo 9º de la Ley 810 de 2003 y el artículo 108 de la Ley 812 de 2003.

“LICENCIAS URBANISTICAS

CAPITULO I

Definición y Tipos de Licencia

Artículo 1º. Licencia urbanística. Es la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios; de construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y

para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Las licencias urbanísticas y sus modalidades podrán ser objeto de prórrogas y modificaciones.

Se entiende por prórroga de la licencia la ampliación del término de vigencia de la misma.

Se entiende por modificación de la licencia, la introducción de cambios urbanísticos, arquitectónicos o estructurales a un proyecto con licencia vigente, siempre y cuando cumplan con las normas urbanísticas y de edificación y no se afecten espacios de propiedad pública.

Artículo 2º. Clases de licencias. Las licencias urbanísticas serán de:

1. Urbanización.
2. Parcelación.
3. Subdivisión.
4. Construcción.
5. Intervención y ocupación del espacio público.

Parágrafo. La expedición de las licencias de urbanización, parcelación y construcción conlleva la autorización para el cerramiento temporal del predio durante la ejecución de las obras autorizadas.

Artículo 3º. Competencia. El estudio, trámite y expedición de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión, y construcción de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo anterior corresponde a los curadores urbanos en aquellos municipios y distritos que cuenten con la figura. En los demás municipios y distritos y en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina corresponde a las oficinas de planeación o la dependencia que haga sus veces.

La expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público de que trata el numeral 5 del artículo anterior será competencia exclusiva de las Oficinas de Planeación municipal o distrital o de la dependencia que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Decreto 1504 de 1998 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

Artículo 4º. Licencia de urbanización. Es la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados y la construcción de las obras de infraestructura de

servicios públicos y de vías que permitan la adecuación y dotación de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente.

Parágrafo. De conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, la licencia de urbanización en suelo de expansión urbana solo podrá expedirse previa adopción del respectivo plan parcial.

Artículo 5º. Licencia de parcelación. Es la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en suelo rural y suburbano, la creación de espacios públicos y privados, y la ejecución de obras para vías e infraestructura que garanticen la auto prestación de los servicios domiciliarios que permitan destinar los predios resultantes a los usos permitidos por el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y la normatividad agraria y ambiental aplicable a esta clase de suelo.

Estas parcelaciones podrán proyectarse como unidades habitacionales, recreativas o productivas y podrán acogerse al régimen de propiedad horizontal.

En todo caso, para adelantar cualquier tipo de edificación en los predios resultantes, se requerirá de la respectiva licencia de construcción.

Artículo 6º. Licencia de subdivisión y sus modalidades. Es la autorización previa para dividir uno o varios predios, ubicados en suelo rural, urbano o de expansión urbana, de conformidad con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente aplicable a las anteriores clases de suelo.

Cuando la subdivisión de predios para urbanizar o parcelar haya sido aprobada mediante la respectiva licencia de urbanización o parcelación, no se requerirá adicionalmente de la licencia de subdivisión.

Son modalidades de la licencia de subdivisión:

En suelo rural y de expansión urbana:

1. **Subdivisión rural.** Es la autorización previa para dividir materialmente uno o varios predios ubicados en suelo rural o de expansión urbana de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial y la normatividad agraria y ambiental aplicables a estas clases de suelo, garantizando la accesibilidad a cada uno de los predios resultantes.

En suelo urbano:

2. Derogado por el art. 12, Decreto Nacional 4065 de 2008. **Subdivisión urbana.** Es la autorización para dividir materialmente uno o varios predios urbanizables no urbanizados ubicados en suelo urbano, de conformidad con las normas que para el efecto establezcan el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

3. **Reloteo.** Es la autorización para dividir, redistribuir o modificar el loteo de uno o más predios previamente urbanizados, de conformidad con las normas que para el efecto establezcan el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen y complementen.

Parágrafo 1º. Ninguna de las modalidades de la licencia de subdivisión de que trata este artículo autoriza la ejecución de obras de infraestructura o de construcción, ni la delimitación de espacios públicos o privados.

Parágrafo 2º. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 812 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, la licencia de subdivisión en las modalidades de subdivisión rural y de subdivisión urbana a que se refieren los numerales 1 y 2 del presente artículo hará las veces del Certificado de Conformidad con las Normas Urbanísticas y deberá protocolizarse con la escritura de división material del predio.

Parágrafo 3º. Las subdivisiones en suelo urbano de que tratan los numerales 2 y 3 del presente artículo, se sujetarán al cumplimiento de las dimensiones de áreas y frentes mínimos establecidos en los actos administrativos correspondientes. Los predios resultantes de la subdivisión y/o el reloteo deberán contar con frente sobre vía pública vehicular o peatonal y no podrán accederse por zonas verdes y/o comunales.

Parágrafo 4º. No se requerirá licencia de subdivisión cuando se trate de particiones o divisiones materiales de predios ordenadas por sentencia judicial en firme o cuando se requiera subdividir predios por motivo de la ejecución de obras de utilidad pública.

Parágrafo 5º. Las subdivisiones de predios protocolizadas mediante escritura pública debidamente inscrita en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con anterioridad a la expedición de la Ley 810 de 2003, no requerirán de licencia de subdivisión en ninguna de sus modalidades para ser incorporadas en la cartografía oficial de los municipios y distritos.

La incorporación cartográfica de tales subdivisiones no implica autorización alguna para urbanizar, parcelar o construir sobre los lotes resultantes, para cuyo efecto, el interesado, en todos los casos, deberá adelantar el trámite de solicitud de licencia de parcelación, urbanización o construcción ante el curador urbano o la autoridad competente en los términos de que trata el presente decreto y demás normas concordantes.

Artículo 7º. Licencia de construcción y sus modalidades. Es la autorización previa para desarrollar edificaciones en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos

que lo desarrollen y complementen y demás normatividad que regule la materia. Son modalidades de la licencia de construcción las siguientes:

1. **Obra nueva.** Es la autorización para adelantar obras de edificación en terrenos no construidos.
2. **Ampliación.** Es la autorización para incrementar el área construida de una edificación existente, entendiéndose por área construida la parte edificada que corresponde a la suma de las superficies de los pisos, excluyendo azoteas y áreas sin cubrir o techar.
3. **Adecuación.** Es la autorización para cambiar el uso de una edificación o parte de ella, garantizando la permanencia del inmueble original. Cuando no se autoricen obras, solamente deberá cancelarse el (50%) del valor del cargo fijo "**Cf**" de la fórmula para la liquidación de expensas de que trata el artículo 109 del presente decreto, ante el curador urbano que adelante el trámite.
4. **Modificación.** Es la autorización para variar el diseño arquitectónico o estructural de una edificación existente, sin incrementar su área construida.
5. **Restauración.** Es la autorización para adelantar las obras tendientes a recuperar y adaptar una edificación declarada como bien de interés cultural o parte de ella, con el fin de mantener el uso original o permitir el desarrollo de otro uso garantizando en todo caso la conservación de los valores urbanos, arquitectónicos, estéticos e históricos establecidos en su declaratoria.
6. **Reforzamiento Estructural.** Es la autorización para intervenir o reforzar la estructura de uno o varios inmuebles, con el objeto de acondicionarlos a niveles adecuados de seguridad sismorresistente de acuerdo con los requisitos de la Ley 400 de 1997 o la norma que la adicione, modifique o sustituya y su reglamento.
7. **Demolición.** Es la autorización para derribar total o parcialmente una o varias edificaciones existentes en uno o varios predios y deberá concederse de manera simultánea con cualquiera otra modalidad de licencia de construcción, salvo cuando se trate de proyectos de renovación urbana, del cumplimiento de orden judicial o administrativa o de la ejecución de obras de infraestructura vial o de servicios públicos domiciliarios que se encuentren contemplados en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen y complementen.
8. **Cerramiento.** Es la autorización para encerrar de manera permanente un predio de propiedad privada.

Parágrafo 1º. La solicitud de licencia de construcción podrá incluir la petición para adelantar obras en una o varias de las modalidades descritas en este artículo.

Cuando en un solo acto administrativo se autorice la ejecución de obras en varias de las modalidades de la licencia de construcción sobre una misma área del inmueble, no habrá lugar a la liquidación de expensas en favor de los curadores urbanos de manera independiente para cada una de las modalidades contempladas en la respectiva licencia.

Parágrafo 2°. La licencia de construcción en la modalidad de obra nueva también podrá contemplar la autorización para construir edificaciones de carácter temporal destinadas exclusivamente a salas de ventas, las cuales deberán ser construidas dentro del paramento de construcción y no se computarán dentro de los índices de ocupación y/o construcción adoptados en el Plan de Ordenamiento Territorial o los instrumentos que lo desarrollen y complementen.

En todo caso, el constructor responsable queda obligado a demoler la construcción temporal antes de dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la licencia. Si vencido este plazo no se hubiere demolido la construcción temporal, la autoridad competente para ejercer el control urbano procederá a ordenar la demolición de dichas obras con cargo al titular de la licencia, sin perjuicio de la imposición de las sanciones urbanísticas a que haya lugar.

Parágrafo 3°. Los titulares de licencias de parcelación y urbanización tendrán derecho a que se les expida la correspondiente licencia de construcción con base en las normas urbanísticas y reglamentaciones que sirvieron de base para la expedición de la licencia de parcelación o urbanización, siempre y cuando se presente alguna de las condiciones siguientes:

- a) Que la solicitud de licencia de construcción se radique en legal y debida forma durante la vigencia de la licencia de parcelación o urbanización, o;
- b) Que el titular de la licencia haya ejecutado la totalidad de las obras contempladas en la misma y entregado y dotado las cesiones correspondientes.

Artículo 8°. Estado de ruina. Sin perjuicio de las normas de policía y de las especiales que regulen los inmuebles y sectores declarados como bienes de interés cultural, cuando una edificación o parte de ella se encuentre en estado ruinoso y atente contra la seguridad de la comunidad, el alcalde o por conducto de sus agentes, de oficio o a petición de parte, declarará el estado de ruina de la edificación y ordenará su demolición parcial o total. El acto administrativo que declare el estado de ruina hará las veces de licencia de demolición.

El estado de ruina se declarará cuando la edificación presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales, previo peritaje técnico sobre la vulnerabilidad estructural de la construcción, firmado por un ingeniero acreditado de conformidad con los requisitos de la Ley 400 de 1997 o la norma que la adicione,

modifique o sustituya, quien se hará responsable del dictamen. Tratándose de la demolición de un bien de interés cultural también deberá contar con la autorización de la autoridad que lo haya declarado como tal.

Parágrafo. De conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, cuando la declaratoria del estado de ruina obligara la demolición parcial o total de una construcción o edificio declarado como bien de interés cultural, se ordenará la reconstrucción inmediata de lo demolido, según su diseño original y con sujeción a las normas de conservación y restauración que sean aplicables.

Artículo 9º. Autorización de actuaciones urbanísticas en bienes de interés cultural. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 22 del presente decreto, cuando se haya adoptado el Plan Especial de Protección por la autoridad competente, las solicitudes de licencias urbanísticas sobre bienes de interés cultural y los inmuebles localizados al interior de su área de influencia, se resolverán con sujeción a las normas urbanísticas y arquitectónicas que se adopten en el mismo, las cuales deberán definir, entre otros, el nivel permitido de intervención, los aspectos estructurales y las condiciones de manejo aplicables a este tipo de inmuebles. En caso de no haberse adoptado el Plan Especial de Protección al momento de la solicitud, las licencias se podrán expedir con base en el proyecto de intervención del bien de interés cultural aprobado por parte de la autoridad que efectuó la respectiva declaratoria.

Artículo 10. Reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones o mejoras locativas aquellas obras que tienen como finalidad mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato sin afectar su estructura portante, su distribución interior, sus características funcionales, formales y/o volumétricas. No requerirán licencia de construcción las reparaciones o mejoras locativas a que hace referencia el artículo 8º de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

Están incluidas dentro de las reparaciones locativas, entre otras, las siguientes obras: El mantenimiento, la sustitución, restitución o mejoramiento de los materiales de pisos, cielorrasos, enchapes, y pintura en general, y la sustitución, mejoramiento o ampliación de redes de instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas, telefónicas o de gas.

Sin perjuicio de lo anterior, quien ejecuta la obra se hace responsable de:

1. Cumplir con los reglamentos establecidos para la propiedad horizontal y las normas que regulan los servicios públicos domiciliarios.
2. Prevenir daños que se puedan ocasionar a terceros y en caso de que se presenten, responder de conformidad con las normas civiles que regulan la materia.

3. Cumplir con los procedimientos previos, requisitos y normas aplicables a los inmuebles de conservación histórica, arquitectónica o bienes de interés cultural.

Artículo 11. Licencia de intervención y ocupación del espacio público. Es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente.

Parágrafo 1º. Las entidades del nivel central o descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal y distrital, salvo las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta, no están obligadas a obtener licencias de intervención y ocupación del espacio público cuando en cumplimiento de sus funciones, ejecuten obras o actuaciones expresamente contempladas en los planes de desarrollo nacional, departamentales, municipales o distritales, en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen y complementen.

Parágrafo 2º. La intervención de los elementos arquitectónicos o naturales de los bienes de propiedad privada que hagan parte del espacio público del municipio o distrito, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos o antejardines, no requieren de la obtención de licencia de intervención y ocupación del espacio público. No obstante, deben contar con la licencia de construcción correspondiente en los casos en que esta sea requerida de conformidad con las normas municipales o distritales aplicables para el efecto.

Parágrafo 3º. Para efectos de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 2º de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, solo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística.

Artículo 12. Modalidades de la licencia de intervención y ocupación del espacio público. Son modalidades de la licencia de intervención y ocupación del espacio público las siguientes:

1. **Licencia de ocupación del espacio público para la localización de equipamiento.** Es la autorización para ocupar una zona de cesión pública o de uso público con edificaciones destinadas al equipamiento comunal público. Requieren de la expedición de este tipo de licencias los desarrollos urbanísticos aprobados o legalizados por resoluciones expedidas por las oficinas de planeación municipales o distritales o por dependencias o entidades que hagan sus veces, en los cuales no se haya autorizado el desarrollo de un equipamiento comunal específico. Los municipios y distritos determinarán el máximo porcentaje de las áreas públicas que pueden ser ocupadas con equipamientos. En cualquier caso, la construcción de toda edificación destinada al equipamiento comunal requerirá la respectiva licencia de construcción y solo podrá localizarse sobre

las áreas de cesión destinadas para este tipo de equipamientos según lo determinen los actos administrativos respectivos.

2. Licencia de intervención del espacio público. Por medio de esta licencia se autoriza la intervención del espacio público para:

a) La construcción, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones;

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 142 de 1994 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, las autorizaciones deben obedecer a un estudio de factibilidad técnica, ambiental y de impacto urbano de las obras propuestas, así como de la coherencia de las obras con los Planes de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que los desarrollen.

Se exceptúa de la obligación de solicitar la licencia de que trata este literal, la realización de obras que deban adelantarse como consecuencia de averías, accidentes o emergencias cuando la demora en su reparación pudiera ocasionar daños en bienes o personas.

Quien efectúe los trabajos en tales condiciones deberá dejar el lugar en el estado en que se hallaba antes de que sucedieran las situaciones de avería, accidente o emergencia, y de los trabajos se rendirá un informe a la entidad competente para que realice la inspección correspondiente. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones establecidas en la ley;

b) La utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados, o entre inmuebles privados y elementos del espacio público, tales como puentes peatonales o pasos subterráneos.

La autorización deberá obedecer a un estudio de factibilidad técnica e impacto urbano, así como de la coherencia de las obras propuestas con el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen.

c) La dotación de amoblamiento urbano y la instalación de expresiones artísticas o arborización.

Los municipios y distritos establecerán qué tipo de amoblamiento sobre el espacio público requiere de la licencia de intervención y ocupación del espacio público, así como los procedimientos y condiciones para su expedición.

3. Licencia de intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar. Es la autorización otorgada por la autoridad municipal o distrital competente o por la autoridad designada para tal efecto por la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de

acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen o complementen, para ocupar o intervenir temporalmente las playas y zonas de bajamar, sin perjuicio de las concesiones cuyo otorgamiento le corresponda ya sea a la Dirección General Marítima, Dimar, o a la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Esta autorización podrá concederse siempre y cuando se garantice el libre tránsito a la ciudadanía y no se vulnere la utilización de las zonas de playas marítimas y terrenos de baja mar al uso común.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 177 del Decreto-ley 2324 de 1984 y 43 de la Ley 1ª de 1991, ninguna autoridad concederá permiso para la construcción de vivienda en las playas marítimas y terrenos de bajamar.

Artículo 13. Derechos sobre el espacio público. Las licencias de intervención y ocupación del espacio público solo confiere a sus titulares el derecho sobre la ocupación o intervención sobre bienes de uso público. A partir de la expedición de la licencia, la autoridad competente podrá revocarla unilateralmente por motivo de interés general, previa intervención del titular.

CAPITULO II

Procedimientos aplicables para la Expedición de Licencias Urbanísticas

SECCION I

DE LAS SOLICITUDES

Artículo 14. Solicitud de la licencia. El estudio, trámite y expedición de licencias urbanísticas procederá a solicitud de quienes puedan ser titulares de las mismas, una vez hayan sido radicadas en legal y debida forma.

Parágrafo 1º. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 1272 de 2009. **El nuevo texto es el siguiente:** Se entenderá que una solicitud está radicada en legal y debida forma si a la fecha de radicación se allega la totalidad de los documentos exigidos en el presente decreto, aun cuando estén sujetos a posteriores correcciones.

Adicionalmente, y tratándose de solicitudes de licencias de construcción y sus modalidades en municipios y distritos con población superior a los 500.000 habitantes, al momento de la radicación, la respectiva curaduría deberá verificar que los documentos que acompañan la solicitud contienen la información básica que se señale en el Formato de Revisión e Información de Proyectos, en los términos establecidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Artículo 15. Radicación de la solicitud. Presentada la solicitud de licencia, se radicará y numerará consecutivamente, en orden cronológico de recibo, dejando constancia de los documentos aportados con la misma.

En caso de que la solicitud no se encuentre completa, se devolverá la documentación para completarla. Si el peticionario insiste, se radicará dejando constancia de este hecho y advirtiéndole que deberá allanarse a cumplir dentro de los treinta días siguientes so pena de entenderse desistida la solicitud.

Parágrafo. Si durante el término que transcurre entre la solicitud de una licencia y la expedición de la misma, se produce un cambio en las normas urbanísticas que afecten el proyecto sometido a consideración del curador o de la entidad encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, el titular tendrá derecho a que la licencia se le conceda con base en la norma urbanística vigente al momento de la radicación de la solicitud de la licencia, siempre que la misma haya sido presentada en legal y debida forma.

Artículo 15-A. Adicionado por el art. 1, Decreto Nacional 1272 de 2009, con el siguiente texto: Sistema de categorización para el trámite de estudio y expedición de licencias de construcción en función de su complejidad. Con el propósito de optimizar y agilizar el trámite de expedición de licencias de construcción y sus modalidades, los curadores urbanos de los municipios y distritos con población superior a los 500.000 habitantes, implementarán el sistema de categorización para el trámite de estudio y expedición de licencias de construcción y sus modalidades en función de la complejidad del proyecto objeto de solicitud, el cual se fundamenta exclusivamente en las siguientes variables:

1. Área de construcción o área construida del proyecto, entendida como la parte a edificar y/o edificada a intervenir y que corresponde a la suma de las superficies de los pisos, excluyendo azoteas y áreas sin cubrir o techar.
2. Requisitos generales de diseño estructural y construcción sismorresistente, en concordancia con el Código para Construcciones Sismorresistentes (NSR-98) o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

En ningún caso podrán incluirse variables diferentes a las contempladas en el presente artículo.

Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, el sistema de categorización del trámite de estudio y expedición de licencias de construcción en función de su complejidad se define como el conjunto de variables que, aplicadas a una actuación de expedición de una licencia de construcción, establece el mayor o menor grado de dificultad para su estudio.

Artículo 15-B. Adicionado por el art. 2, Decreto Nacional 1272 de 2009, Categorías. Para efectos de lo previsto en el artículo 15-A del presente decreto, todas las solicitudes de licencias de construcción y sus modalidades se clasificarán de acuerdo con las siguientes categorías de complejidad:

"1. Categoría IV: Alta Complejidad. Se incluyen dentro de esta categoría las solicitudes de licencia de construcción que cumplan con las siguientes condiciones:

"a). Área de construcción mayor a 5.000 metros cuadrados.

"b). Características estructurales diferentes a lo dispuesto en el Título E del Código para Construcciones Sismorresistentes (NSR-98) o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

"2. Categoría III: Media-Alta Complejidad. Se incluyen dentro de esta categoría las solicitudes de licencia de construcción que cumplan con las siguientes condiciones:

"a). Área de construcción superior a 2.000 metros cuadrados y hasta 5.000 metros cuadrados.

"b). Características estructurales diferentes a lo dispuesto en el Título E del Código para Construcciones Sismorresistentes (NSR-98) o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

"3. Categoría II: Media Complejidad. Se incluyen dentro de esta categoría las solicitudes de licencia de construcción que cumplan con las siguientes condiciones:

"a). Área de construcción entre 500 y 2.000 metros cuadrados.

"b). Características estructurales de conformidad con lo dispuesto en el Título E del Código para Construcciones Sismorresistentes (NSR-98) o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

"4. Categoría I: Baja Complejidad. Se incluyen dentro de esta categoría las solicitudes de licencia de construcción que cumplan con las siguientes condiciones:

"a). Área de construcción menor a 500 metros cuadrados.

"b). Características estructurales de conformidad con lo dispuesto en el Título E del Código para Construcciones Sismorresistentes (NSR-98) o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan".

"Parágrafo 1º. Cuando el proyecto objeto de solicitud reúna variables que lo clasifiquen en varias de las categorías, será categorizado en aquella que sea de mayor complejidad.

"Parágrafo 2º. De acuerdo con esta categorización, los curadores urbanos procederán a realizar la revisión

técnica, jurídica, estructural, urbanística y arquitectónica de los proyectos objeto de solicitud, en los términos del presente decreto, dentro de los plazos indicativos de que trata el artículo 28-A del mismo".

Artículo 16. Titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción. Podrán ser titulares de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción los titulares de derechos reales principales, los propietarios del derecho de dominio a título de fiducia y los fideicomitente de las mismas fiducias, de los inmuebles objeto de la solicitud.

También podrán ser titulares las entidades previstas en el artículo 59 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, cuando se les haya hecho entrega del predio o predios objeto de adquisición en los procesos de enajenación voluntaria y/o expropiación previstos en los Capítulos VII y VIII de la Ley 388 de 1997.

Parágrafo. Los poseedores solo podrán ser titulares de las licencias de construcción.

Artículo 17. Titulares de la licencia de intervención y ocupación del espacio público. Podrán ser titulares de las licencias de intervención y ocupación del espacio público las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas y los consorcios o uniones temporales que precisen ocupar o intervenir el espacio público.

Artículo 18. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 1272 de 2009. Toda solicitud de licencia urbanística deberá acompañarse de los siguientes documentos:

1. Copia del certificado de libertad y tradición del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea superior a un mes antes de la fecha de la solicitud.
2. El formulario único nacional para la solicitud de licencias adoptado mediante la Resolución 0984 de 2005 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o la norma que la adicione, modifique o sustituya, debidamente diligenciado por el solicitante.
3. Copia del documento de identidad del solicitante cuando se trate de personas naturales o certificado de existencia y representación legal, cuya fecha de expedición no sea superior a un mes, cuando se trate de personas jurídicas.
4. Poder debidamente otorgado, cuando se actúe mediante apoderado o mandatario.
5. Copia del documento que acredite el pago o declaración privada con pago del impuesto predial de los últimos cinco años en relación con el inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, donde figure la nomenclatura alfanumérica o identificación del predio. En los casos donde exista un acuerdo de pago, se requerirá constancia de

la Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces, estableciendo que el interesado se encuentra dando cumplimiento al mismo.

6. Plano de localización e identificación del predio o predios objeto de la solicitud.

7. La relación de la dirección de los predios colindantes al proyecto objeto de la solicitud. Se entiende por predios colindantes aquellos que tienen un lindero en común con el inmueble o inmuebles objeto de solicitud de licencia.

8. En el evento en que el proyecto sometido a consideración tenga por objeto el desarrollo de programas de vivienda de interés social, el titular de la licencia así lo manifestará bajo la gravedad de juramento y de ello se dejará constancia en el acto administrativo que resuelva la solicitud de licencia.

Parágrafo. En las ciudades de más de 500.000 habitantes, en donde existan medios tecnológicos disponibles de consulta virtual o flujos de información electrónica, las curadurías urbanas estarán en la obligación de verificar por estos mismos medios, al momento de la radicación de la solicitud, la información pertinente contenida en los documentos de que tratan los numerales 1, 3, 5 y 6 del presente artículo. Esta consulta de verificación sustituye la presentación del documento a cargo del solicitante de la licencia, salvo que la información correspondiente no se encuentre disponible por medios electrónicos.

Artículo 19. Documentos adicionales para la licencia de urbanización. Cuando se trate de licencia de urbanización, además de los requisitos previstos en el artículo anterior, se deberán aportar los siguientes documentos:

1. Plano topográfico del predio, en el cual se indiquen todas las reservas, afectaciones y limitaciones urbanísticas del predio o predios objeto de solicitud, el cual servirá de base para la presentación del proyecto.

2. Una copia en medio impreso y una copia magnética del proyecto urbanístico, debidamente firmado por un arquitecto con matrícula profesional y el solicitante de la licencia.

3. Certificación expedida por las empresas de servicios públicos domiciliarios o la autoridad o autoridades municipales o distritales competentes, acerca de la disponibilidad inmediata de servicios públicos en el predio o predios objeto de la licencia, dentro del término de vigencia de la licencia.

4. Cuando el predio esté ubicado en zonas de amenaza y/o riesgo alto y medio de origen geotécnico o hidrológico, se deberán adjuntar a las solicitudes de licencias de nuevas urbanizaciones los estudios detallados de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa e inundaciones, que permitan determinar la viabilidad del futuro desarrollo, siempre y cuando se garantice la mitigación de la amenaza y/o riesgo. En estos estudios deberá incluirse el diseño de las medidas de mitigación.

Dichos estudios deberán contar con el concepto favorable de la autoridad competente o, en ausencia de ella, la que para el efecto designe el alcalde, sobre el cumplimiento de los términos de referencia que la misma autoridad señale para la formulación de dichos estudios.

En todo caso, las obras de mitigación deberán ser ejecutadas por el titular de la licencia durante la vigencia de la misma.

Parágrafo 1º. En caso que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos del proyecto urbanístico definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 2150 de 1995 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud.

Parágrafo 2º. La copia magnética de que trata este artículo solo será exigible en los municipios y distritos con población superior a los 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir al curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, que revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración.

Artículo 20. Documentos adicionales para la licencia de parcelación. Modificado por el art. 20, Decreto Nacional 3600 de 2007. Documentos adicionales para la licencia de parcelación. Cuando se trate de licencia de parcelación, además de los requisitos previstos en el artículo 18 del presente decreto, se deberán aportar los siguientes documentos:

1. Plano topográfico del predio, en el que se indiquen todas las reservas, afectaciones, cesiones obligatorias y demás limitaciones urbanísticas del predio o predios objeto de la solicitud. En este plano también se identificarán claramente todos los elementos de importancia ecosistémica, tales como humedales y rondas de cuerpos de agua.
2. Una copia en medio impreso y una copia magnética del proyecto de parcelación, debidamente firmado por un arquitecto con matrícula profesional y el solicitante de la licencia, que contenga los predios resultantes de la parcelación propuesta, debidamente amojonados y alinderados, según lo establecido en las normas vigentes y su respectivo cuadro de áreas, perfil vial y demás exigencias que establezcan las normas urbanísticas municipales o distritales, así como la legislación agraria y ambiental.
3. Copia de las autorizaciones que sustenten la forma en que se prestarán los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, o las autorizaciones y permisos ambientales para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en caso de autoabastecimiento y el pronunciamiento de la Superintendencia de

Servicios Públicos de conformidad con lo dispuesto en los artículo 16 y 79.17 de la Ley 142 de 1994.

4. Cuando el predio esté ubicado en zonas de amenaza y/o riesgo alto y medio de origen geotécnico o hidrológico, se deberán adjuntar a las solicitudes de licencias de nuevas parcelaciones los estudios detallados de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa e inundaciones, que permitan determinar la viabilidad del futuro desarrollo, siempre y cuando se garantice la mitigación de la amenaza y/o riesgo. En estos estudios deberá incluirse el diseño de las medidas de mitigación.

Dichos estudios deberán contar con el concepto favorable de la autoridad competente o en ausencia de ella, la que para el efecto designe el alcalde, sobre el cumplimiento de los términos de referencia que la misma autoridad señale para la formulación de dichos estudios.

En todo caso, las obras de mitigación deberán ser ejecutadas por el titular de la licencia durante la vigencia de la misma.

Parágrafo 1º. En caso que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos del proyecto de parcelación definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 2150 de 1995 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud.

Parágrafo 2º. La copia magnética de que trata este artículo sólo será exigible en los municipios y distritos con población superior a los 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir que el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración.

Artículo 21. Documentos adicionales para la expedición de licencias de subdivisión. Cuando se trate de licencias de subdivisión, además de los requisitos señalados en los numerales 1 a 7 del artículo 18 del presente decreto, la solicitud deberá acompañarse de:

1. Para las modalidades de subdivisión rural y urbana, un plano del levantamiento topográfico que contenga los predios resultantes de la división propuesta, debidamente amojonado y alinderado según lo establecido en las normas vigentes y con su respectivo cuadro de áreas.

2. Para la modalidad de reloteo, se deberá anexar el plano de loteo aprobado o un plano topográfico que haya incorporado urbanísticamente el predio y un plano que señale los predios resultantes de la división propuesta, debidamente amojonado y alinderado según lo establecido en las normas vigentes, con su respectivo cuadro de áreas.

Artículo 22. Documentos adicionales para la licencia de construcción. Cuando se trate de licencia de construcción, además de los requisitos señalados en el artículo 18 del presente decreto, se deberán aportar los siguientes documentos:

1. Copia de la memoria de los cálculos estructurales, de los diseños estructurales, de las memorias de otros diseños de los elementos no estructurales y de los estudios geotécnicos y de suelos que sirvan para determinar la estabilidad de la obra, elaborados de conformidad con las normas de construcción sismorresistentes vigentes al momento de la solicitud, rotulados y firmados por los profesionales facultados para este fin, quienes se harán responsables legalmente de los diseños y de la información contenida en ellos.

2. Una copia en medio impreso y una copia magnética del proyecto arquitectónico, elaborado de conformidad con las normas urbanísticas y arquitectónicas vigentes al momento de la solicitud debidamente rotulado y firmado por un arquitecto con matrícula profesional, quien se hará responsable legalmente de los diseños y de la información contenida en ellos. Los planos arquitectónicos y constructivos deben contener como mínimo la siguiente información:

a) Plantas;

b) Alzados o cortes de la edificación relacionados con la vía pública o privada escala formal indicada de fácil lectura. Cuando el proyecto esté localizado en suelo inclinado, los cortes deberán indicar la inclinación real del terreno;

c) Fachadas;

d) Planta de cubiertas;

e) Cuadro de áreas.

3. Si la solicitud de licencia se presenta ante una autoridad distinta a la que otorgó la licencia original, se adjuntarán las licencias anteriores, o el instrumento que hiciera sus veces junto con sus respectivos planos. Cuando estas no existan, se deberá gestionar el reconocimiento de la existencia de edificaciones regulado por el Título II del presente decreto. Esta disposición no será aplicable tratándose de solicitudes de licencia de construcción en la modalidad de obra nueva.

4. Concepto favorable sobre la intervención propuesta expedido por el Ministerio de Cultura, o de alguna de las filiales del Consejo de Monumentos Nacionales donde existan, o en su defecto, por la entidad que haga sus veces, cuando el objeto de la licencia sea la intervención de un bien de interés cultural, en los términos que se definen en la Ley 397 de 1997 o en las normas del Plan de Ordenamiento Territorial respectivo.

5. Cuando se trate de licencias para la ampliación, adecuación, modificación, reforzamiento estructural o demolición de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, copia del acta del órgano competente de administración de la propiedad horizontal o del documento que haga sus veces, según lo disponga el respectivo reglamento de propiedad horizontal vigente, autorizando la ejecución de las obras solicitadas. Estas licencias deberán acoger lo establecido en los respectivos reglamentos.

Parágrafo 1º. En caso que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos del proyecto arquitectónico definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 2150 de 1995 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud.

Parágrafo 2º. La copia magnética de que trata este artículo solo será exigible en los municipios y distritos con población superior a los 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir al curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, que revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración.

Artículo 23. Documentos adicionales para la solicitud de licencias de intervención y ocupación del espacio público. Cuando se trate de licencia de intervención y ocupación del espacio público, además de los requisitos establecidos en los numerales 3 y 4 del artículo 18 del presente decreto, se deberán aportar los siguientes documentos con la solicitud:

1. Plano de localización del proyecto en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente.
2. Descripción del proyecto, indicando las características generales, los elementos urbanos a intervenir en el espacio público, la escala y cobertura;
3. Una copia en medio impreso y una copia magnética de los planos de diseño del proyecto, debidamente acotados y rotulados indicando la identificación del solicitante, la escala, el contenido del plano y la orientación norte. Los planos deben estar firmados por el profesional responsable del diseño y deben contener la siguiente

información:

- a) Planta de diseño detallada de la zona a intervenir en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente;
- b) Cuadro de áreas;
- c) Especificaciones de diseño y construcción del espacio público;
- d) Cuadro de arborización en el evento de existir;
- e) Plano de detalles constructivos en la escala que determine la autoridad municipal o distrital competente.

Parágrafo 1º. Los municipios, los distritos y el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina establecerán el procedimiento para la expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público y sus modalidades.

Parágrafo 2º. En caso que la solicitud de licencia sea resuelta positivamente, el interesado deberá proporcionar dos copias en medio impreso de los planos de diseño del proyecto definitivo, para su aprobación por parte de la autoridad competente.

Una de las copias aprobadas se entregará de manera gratuita al titular de la licencia con el acto administrativo que resuelva la solicitud.

Parágrafo 3º. La copia magnética de que trata este artículo solo será exigible en los municipios y distritos con población superior a los 30.000 habitantes en su cabecera urbana y tendrá por finalidad permitir al curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, que revise mediante la utilización de sistemas técnicos la información consignada en los planos sometidos a su consideración.

SECCION II

DEL PROCEDIMIENTO PARA LA EXPEDICION DE LA LICENCIA

Artículo 24. Citación a vecinos. El curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para el estudio, trámite y expedición de la licencia, citará a los vecinos colindantes del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud para que se hagan parte y puedan hacer valer sus derechos. En la citación se dará a conocer el nombre del solicitante de la licencia, la dirección del inmueble o inmuebles objeto de solicitud, la modalidad de la misma y el uso y las intensidades propuestas, conforme a la radicación. La citación se hará por correo certificado conforme a la información suministrada por el solicitante de la licencia.

Se entiende por vecinos los propietarios, poseedores, tenedores o residentes de predios colindantes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7 del artículo 18 de este decreto.

Si la citación no fuere posible, se insertará un aviso en la publicación que para tal efecto tuviere la entidad o en un periódico de amplia circulación local o nacional. En la citación se señalarán las causas por las cuales no se efectuó la citación por correo certificado.

Parágrafo. Desde el día siguiente a la fecha de radicación en legal y debida forma de solicitudes de proyectos de parcelación, urbanización y construcción de obra nueva, el peticionario de la licencia deberá instalar una valla con una dimensión mínima de un metro con ochenta (1.80) centímetros por ochenta (80) centímetros, en lugar visible desde la vía pública, en la que se advierta a terceros sobre la iniciación del trámite administrativo tendiente a la expedición de la licencia urbanística, indicando el número de radicación, la autoridad ante la cual se tramita la solicitud, el uso y características básicas del proyecto. Una fotografía de la valla con la información indicada se deberá anexar al respectivo expediente administrativo en los cinco (5) días calendario siguientes a la radicación de la solicitud.

Tratándose de solicitudes de licencia de construcción individual de vivienda de interés social en la modalidad de obra nueva, se instalará un aviso de treinta (30) centímetros por cincuenta (50) centímetros en lugar visible desde la vía pública.

Cuando se solicite licencia para el desarrollo de obras de construcción en las modalidades de ampliación, modificación, adecuación o demolición en edificios o conjunto sometidos al régimen de propiedad horizontal, se instalará un aviso en la cartelera principal del edificio o conjunto, o en un lugar de amplia circulación que determine la administración. De igual manera se procederá tratándose de la ejecución de este tipo de obras en edificaciones no sometidas al régimen de propiedad horizontal; en este caso se colocará un aviso de treinta (30)

centímetros por cincuenta (50) centímetros en la fachada principal del inmueble.

Esta valla, por ser requisito para el trámite de la licencia, no generará ninguna clase de pagos o permisos adicionales a los de la licencia misma y deberá permanecer en el sitio hasta tanto la solicitud sea resuelta.

Artículo 25. Intervención de terceros. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 4397 de 2006. **El nuevo texto es el siguiente:** Toda persona interesada en formular objeciones a la expedición de una licencia urbanística, podrá hacerse parte en el trámite administrativo desde la fecha de la radicación de la solicitud hasta antes de la expedición del acto administrativo que resuelva la solicitud. Dicho acto sólo podrá ser expedido una vez haya transcurrido un término mínimo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de la citación a los vecinos colindantes o de la publicación cuando esta fuere necesaria y, en el caso de los demás terceros, a partir del día siguiente a la fecha de la instalación de la valla de que trata el parágrafo del artículo anterior.

Parágrafo. Las objeciones y observaciones se deberán presentar por escrito y se resolverán en el acto que decida sobre la solicitud.

Artículo 26. De la revisión del proyecto. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias, deberá revisar el proyecto objeto de solicitud, desde el punto de vista técnico, jurídico, estructural, urbanístico y arquitectónico a fin de verificar el cumplimiento del proyecto con las normas urbanísticas, de edificación y estructurales vigentes.

Parágrafo 1º. La revisión de los diseños estructurales se hará por un ingeniero civil cuando se trate de diseños estructurales y estudios geotécnico, cuando se trate de elementos no estructurales la revisión podrá hacerla un arquitecto, un ingeniero civil o un ingeniero mecánico. Los ingenieros civiles, arquitectos y los ingenieros mecánicos que revisen diseños deberán estar acreditados ante la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismorresistentes y cumplir con los requisitos de experiencia e idoneidad que les impone el Capítulo 3 del Título VI de la Ley 400 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 400 de 1997 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya, la revisión de los diseños también podrá hacerla una persona ajena a la curaduría urbana o la oficina pública encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, quien deberá ser profesional y reunir las calidades y requisitos señalados en el inciso primero de este parágrafo.

Quien efectúe la revisión será responsable de la misma y deberá dirigir un memorial a la persona o entidad competente para expedir la licencia donde señale el alcance de la revisión y certifique que las construcciones propuestas se ajustan a las normas sismorresistentes.

En ningún caso, el curador urbano o el funcionario encargado podrán exigir al solicitante de la licencia, la revisión de los diseños por parte de una persona sin vínculo contractual con el curador urbano o la oficina encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias. Esta revisión externa no exime al curador urbano de la responsabilidad frente a la revisión de los diseños de la respectiva licencia.

El revisor de los diseños no puede ser el mismo profesional que los elaboró, ni puede tener relación laboral contractual o profesional con este, ni con la empresa que tuvo a su cargo la elaboración de los diseños y estudios técnicos.

El alcance y la revisión de los diseños se sujetarán a las prescripciones que para el efecto contienen las normas sismorresistentes vigentes.

Parágrafo 2º. Hasta tanto la Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones sismorresistentes determine los procedimientos y mecanismos de acreditación de los profesionales que deben surtir este requisito para realizar labores de diseño estructural, estudios geotécnicos, revisión de los diseños de elementos no estructurales o estudios, y supervisión técnica de la construcción, éstos acreditarán su experiencia e idoneidad ante la entidad o persona encargada de la expedición de licencias, demostrando para el efecto un ejercicio profesional mayor de cinco (5) años, lo cual harán con copia de la matrícula profesional o el instrumento que haga sus veces, donde aparezca la fecha de expedición de la misma y certificaciones del ejercicio de la profesión. Para realizar los diseños de elementos no estructurales o dirección de construcción, los ingenieros civiles, arquitectos y mecánicos se sujetarán al mismo procedimiento pero deberán acreditar un ejercicio profesional solo de tres (3) años.

Parágrafo 3º. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias deberá verificar que los arquitectos o ingenieros que suscriben los planos que acompañan la solicitud de licencia en calidad de proyectista o de calculista cuentan con matrícula profesional vigente.

Cuando quiera que alguno de los profesionales a que se refiere el inciso anterior se desvincule de la ejecución de la obra, deberá informarlo al curador urbano o a la autoridad encargada de expedir las licencias, quien de inmediato procederá a requerir al titular de la licencia para que informe de su reemplazo.

Artículo 27. Acta de observaciones y correcciones. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 4397 de 2006.

El nuevo texto es el siguiente: Efectuada la revisión técnica, jurídica, estructural, urbanística y arquitectónica del proyecto, el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias levantará por una sola vez, si a ello hubiere lugar, un acta de observaciones y correcciones en la que se informe al solicitante sobre las actualizaciones, correcciones o aclaraciones que debe realizar al proyecto y los documentos adicionales que debe aportar para decidir sobre la solicitud.

El solicitante contará con un plazo de treinta (30) días hábiles para dar respuesta al requerimiento. Este plazo podrá ser ampliado, a solicitud de parte, hasta por un término adicional de quince (15) días hábiles. Durante este plazo se suspenderá el término para la expedición de la licencia.

SECCION III

DE LA EXPEDICION DE LA LICENCIA

Artículo 28. Término para la expedición de licencias. Las entidades competentes y los curadores urbanos, según el caso, tendrán un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, contados desde la fecha en que la solicitud haya sido radicada en legal y debida forma. Vencido este plazo sin que los curadores urbanos o las autoridades se hubieren pronunciado, se aplicará el silencio administrativo positivo en los términos solicitados pero en ningún caso en contravención de las normas urbanísticas y de edificación vigentes, quedando obligadas la autoridad municipal o distrital responsable o el Curador Urbano, a expedir las constancias y certificaciones que se requieran para evidenciar la aprobación del proyecto presentado. La invocación del silencio administrativo positivo, se someterá al procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando el tamaño o la complejidad del proyecto lo ameriten, el plazo para la expedición de la licencia de que trata este artículo podrá prorrogarse mediante resolución motivada por una sola vez, hasta por la mitad del término establecido.

Parágrafo. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 4397 de 2006. Con el fin de garantizar la publicidad y la participación de quienes puedan verse afectados con la decisión, en ningún caso se podrá resolver una solicitud de licencia sin que previamente se haya dado estricto cumplimiento a la obligación de citación a vecinos colindantes y demás terceros en los términos previstos por los artículos 24 y 25 del presente decreto.

Artículo 28-A. Adicionado por el art. 5, Decreto Nacional 1272 de 2009, Plazos indicativos para pronunciarse sobre la solicitud de licencias de construcción. En los municipios y distritos con población superior a los 500.000 habitantes, una vez se adopte por los curadores urbanos el sistema de categorización de que trata el artículo 15-A del presente decreto, se tendrán en cuenta los siguientes plazos indicativos para pronunciarse sobre las solicitudes de las licencias de construcción:

1. Categoría IV Alta Complejidad: Cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud en legal y debida forma.
2. Categoría III Media-Alta Complejidad: Treinta y cinco (35) días contados a partir de la fecha de radicación de la

solicitud en legal y debida forma.

3. Categoría II Media Complejidad: Veinticinco (25) días contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud en legal y debida forma.

4. Categoría I Baja Complejidad: Veinte (20) días contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud en legal y debida forma.

Estos plazos son de carácter indicativo y se tendrán en cuenta para la evaluación anual sobre la calidad del servicio a cargo del curador urbano, de conformidad con lo previsto en el artículo 90-A del presente decreto. En todo caso, y de conformidad con lo previsto en el artículo 28 del presente decreto, cuando no sea posible cumplir con los plazos previstos en este artículo, los curadores urbanos podrán disponer de los cuarenta y cinco (45) días hábiles y la prórroga de que trata el artículo 99 numeral 3 de la Ley 388 de 1997 para expedir el correspondiente acto administrativo.

Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 90-A del presente decreto, los curadores urbanos deberán presentar un informe trimestral a las alcaldías municipales y distritales o a las entidades que estas designen, en el que reporten la fecha de radicación en legal y debida forma de las solicitudes de licencias de construcción y sus modalidades señalando la categoría de complejidad a la que pertenece cada una y la fecha en que se resolvió o desistió la solicitud, con el fin de verificar el cumplimiento de los plazos indicativos de que trata este artículo.

Artículo 29. Efectos de la licencia. De conformidad con lo dispuesto en el literal a. del artículo 5° del Decreto-ley 151 de 1998, el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de la misma en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.

La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales ni de la posesión sobre el inmueble o inmuebles objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios y/o inmuebles y producen todos sus efectos aún cuando sean enajenados.

Artículo 30. Desistimiento de solicitudes de licencia. El solicitante de una licencia urbanística podrá desistir de la misma mientras no se haya notificado el acto administrativo mediante el cual se aprueba o niega la solicitud presentada.

Cuando el solicitante de la licencia no haya dado cumplimiento a los requerimientos exigidos en el acta de observaciones y correcciones a que hace referencia el artículo 27 del presente decreto dentro de los términos allí

indicados, la solicitud se entenderá desistida y en consecuencia se procederá a archivar el expediente mediante acto administrativo. Copia de este se remitirá a los demás curadores urbanos o autoridades de planeación, según el caso, que se encarguen del estudio, trámite y expedición de licencias, con el fin de que no se tramite otra solicitud en igual sentido, sin dar cumplimiento a las observaciones formuladas por la autoridad ante quien se radicó inicialmente.

Así mismo, se enviará copia a la autoridad encargada de ejercer el control urbano y posterior de obra, para los fines pertinentes.

Parágrafo. Contra el acto administrativo que ordene el archivo por desistimiento procederá el recurso de reposición y, una vez archivado el expediente, el interesado deberá presentar nuevamente la solicitud.

Artículo 31. Contenido de la licencia. La licencia contendrá:

1. Número secuencial de la licencia y su fecha de expedición.
2. Tipo de licencia y modalidad.
3. Vigencia.
4. Nombre e identificación del titular de la licencia, al igual que del urbanizador o del constructor responsable.
5. Datos del predio:
 - a) Folio de matrícula inmobiliaria del predio o del de mayor extensión del que este forme parte;
 - b) Dirección o ubicación del predio con plano de localización.
6. Descripción de las características básicas del proyecto aprobado, identificando cuando menos: uso, área del lote, área construida, número de pisos, número de unidades privadas aprobadas, estacionamientos, índices de ocupación y de construcción.
7. Planos impresos aprobados por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias.

Artículo 32. Obligaciones del titular de la licencia. El curador urbano o la autoridad encargada de estudiar, tramitar y expedir licencias, deberá indicar al titular, el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1. Ejecutar las obras de forma tal que se garantice la salubridad y seguridad de las personas, así como la estabilidad de los terrenos y edificaciones vecinas y de los elementos constitutivos del espacio público.

2. Cuando se trate de licencias de urbanización, ejecutar las obras de urbanización con sujeción a los proyectos técnicos aprobados y entregar y dotar las áreas públicas objeto de cesión gratuita con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público, de acuerdo con las especificaciones que la autoridad competente expida.
3. Mantener en la obra la licencia y los planos aprobados, y exhibirlos cuando sean requeridos por la autoridad competente.
4. Cumplir con el programa de manejo ambiental de materiales y elementos a los que hace referencia la Resolución 541 de 1994 del Ministerio del Medio Ambiente, para aquellos proyectos que no requieren licencia ambiental, o planes de manejo, recuperación o restauración ambiental, de conformidad con el Decreto 1220 de 2005 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.
5. Cuando se trate de licencias de construcción, solicitar el Certificado de Permiso de Ocupación al concluir las obras de edificación en los términos que establece el artículo 46 del presente decreto.
6. Someterse a una supervisión técnica en los términos que señalan las normas de construcción sismorresistentes, siempre que la licencia comprenda una construcción de una estructura de más de tres mil (3.000) metros cuadrados de área.
7. Realizar los controles de calidad para los diferentes materiales estructurales y elementos no estructurales que señalan las normas de construcción sismorresistentes, siempre que la licencia comprenda la construcción de una estructura menor a tres mil (3.000) metros cuadrados de área.
8. Instalar los equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua, establecidos en la Ley 373 de 1997 o la norma que la adicione, modifique o sustituya.
9. Dar cumplimiento a las normas vigentes de carácter nacional, municipal o distrital sobre eliminación de barreras arquitectónicas para personas con movilidad reducida.
10. Dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en las normas de construcción sismorresistente vigentes.

Artículo 33. Notificación personal de licencias. **Modificado por el art. 5, Decreto Nacional 4397 de 2006.**

El nuevo texto es el siguiente: El acto administrativo que resuelva la solicitud de licencia será notificado personalmente al solicitante, y a cualquier persona que se hubiere hecho parte dentro del trámite. Para ello, se citarán en los términos de que trata el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo o la norma que lo adicione, modifique o sustituya. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente.

En el evento que el solicitante de la licencia sea un poseedor, se deberá notificar personalmente del acto que resuelve la solicitud al propietario inscrito del bien objeto de la licencia.

Efectuada la notificación personal se hará entrega al notificado de una copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión”.

Tengase en cuenta, que los requisitos jurídicos, que debe entenderse como las autorizaciones administrativas, permisos para realizar una actividad y todo aquello que se requiera para la ejecución de un contrato, en principio se encuentra como una exigencia genérica en el estatuto general de los contratos de las administraciones públicas, y en las normas especiales de contratación, pero la exigencia específica y el tipo de requisito, autorización o permiso se encuentra descrita y exigida en las normas nacionales o locales expedidas por el Congreso de la República, el Gobierno Nacionales y demás autoridades administrativas nacionales, superintendencias, las ordenanzas, acuerdos y normas administrativas municipales, distritales y departamentales que reglan cada una de las materias especializadas que constituyen el objeto total o parcial del contrato estatal específico.

Normalmente están descritas en los Códigos ambientales, nacionales y territoriales de policía, normas aduaneras, tributarias, de menores, infancia y adolescencia, inspección y control de cambios, actividades aeroportuarias, marítimas, fluviales, de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, transporte masivo, ventas populares, uso de espacio público, centros de recreación, deportes, turismo y cultura, regulaciones de salud, educación en todos sus niveles, prestación de servicios públicos domiciliarios etc.

En síntesis, el operador disciplinario al aplicar el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no encuentra mayor dificultad cuando se trata de la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal, con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, ya que éstas están previstas en la Constitución, la Ley , en especial la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, y demás leyes especiales, y cuyas causales se aplican de manera taxativa, con carácter restrictivo y con la prohibición de aplicaciones analógicas.

El problema jurídico trascendente e importante al escenario del principio de legalidad por tipicidad de la falta, se presenta cuando la adecuación de la conducta del sujeto disciplinable se trata de la intervención de éste en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal, con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para la ejecución.

Y es un problema mayúsculo del operador disciplinario, porque debe precisarse en que consisten las modalidades de autoría y participación en este tipo disciplinario. Observamos que de una parte existe el componente de acción de los sujetos del derecho disciplinario y del autor y/o partícipe de la falta disciplinaria gravísima, toda vez que el tipo disciplinario se describe en un comportamiento de acción consistente en intervenir en la tramitación, aprobación, celebración y ejecución de contrato estatal, es decir, la intervención en las distintas fases del contrato estatal, ya sea precontractual, contractual o postcontractual.

La operador disciplinario en el proceso de adecuación de la conducta al tipo, debe realizar un proceso de análisis mixto consistente en la exigencias de dos comportamientos concurrentes: El de acción y el de omisión. En un primer momento verificar el comportamiento de acción, es decir, materialmente se pruebe que el sujeto disciplinable intervino ya sea tramitando, aprobando, celebrando o ejecutando todas las conductas anteriores, combinación de varias de ellas o de un solo comportamiento. En un segundo momento, debe verificarse los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para la ejecución del contrato y ello se obtiene de dos maneras: La primera la verificación formal, y la segunda la verificación material. La formal se trata de establecer si para la tramitación, aprobación, celebración y ejecución del contrato se verificó que efectivamente allí existen los documentos contentivos de los estudios técnicos, jurídicos y financieros, requeridos según la naturaleza del objeto del contrato, según el tipo del contrato, por exigencia expresa de la ley o reglamento. La ausencia total o parcial de alguno de esos estudios hace que haya lugar a la comisión de una falta disciplinaria de carácter mixto, es decir, por vía de acción haber tramitado, aprobado, celebrado o ejecutado contrato estatal con omisión total o parcial de todos o alguno de los requisitos previos exigidos.

Pero la verificación material de la existencia de los requisitos previos para la tramitación, aprobación, celebración y ejecución de contrato estatal, ofrece enormes dificultades desde el punto de vista de la garantía de la aplicación del principio de legalidad por tipicidad, ya que se trata de una operación que realiza el juez disciplinario consistente en examinar y revisar el contenido de los estudios jurídicos, técnicos y financieros previos requeridos para la ejecución del contrato. Lo anterior significa, que el operador disciplinario en su tarea verificadora

encuentra que el sujeto del derecho disciplinario intervino en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal concurriendo en el expediente del contrato los requisitos jurídicos, financieros y técnicos desde el punto de vista formal, pero además, toma cada uno de los requisitos previos y procede a examinar su contenido.

El problema que se presenta es cuando formalmente existen los estudios, pero el juez disciplinario no comparte el contenido del documento que contiene el estudio técnico, jurídico y financiero por dos razones: La primera porque estima que los estudios son insuficientes y la segunda porque no comparte su contenido y alcance, veamos:

-Estudios jurídicos insuficientes, o por contrariedad con la ley y la jurisprudencia:

Se considera que un estudio jurídico es insuficiente que se pronuncia sobre la aplicación de una norma jurídica o sobre la procedencia de una actuación de trámite, de aprobación, celebración o ejecución de un contrato, sin la suficiente argumentación jurídica; esto es, que no se funda en todas las normas jurídicas aplicables y en toda la jurisprudencia respectiva vigente, o en la totalidad de una sentencia, o porque deja de señalar parte de ella. En éste caso el concepto no es contrario a la ley, pero le falta mayor argumentación y justificación jurídica.

En éste caso, no puede existir irregularidad alguna en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal, toda vez que el concepto es conforme a derecho, y la suficiencia o no de la argumentación jurídica es un factor subjetivo que no puede quedar en manos del capricho del operador disciplinario, porque vulneraría el principio de legalidad de la tipicidad

disciplinaria. Lo contrario seria rayar con la arbitrariedad y la discrecionalidad, proscrita e las operaciones de adecuación de la conducta a los tipos disciplinarios en el derecho sancionatorio.

Si el operador disciplinario no comparte, la argumentación jurídica, el contenido y alcance, y no se evidencia contrariedad con el ordenamiento jurídico, no puede el sujeto disciplinable incurrir en falta disciplinaria por tramitar, aprobar, celebrar y ejecutar contrato estatal sin el requisito jurídico requerido.

-Estudio jurídico contrario a la Ley y a la jurisprudencia.

Un estudio jurídico previo de aquellos exigidos para la tramitación, aprobación, celebración y ejecución de contrato estatal, es contrario al ordenamiento jurídico, cuando existe una manifiesta contrariedad entre lo dispuesto en el contenido en las distintas normas jurídicas que regulan el caso o asunto objeto de estudio con la conclusión que expresa el jurista en su concepto jurídico, es decir, el concepto jurídico debe ser de aquellos que induzca de manera contraria a la Ley a tramitar, aprobar, celebrar o ejecutar contrato estatal.

Si el estudio jurídico está sujeto al ordenamiento jurídico, pero se soporta en jurisprudencia no aplicable o no vigente, no puede el operador disciplinario deducirle responsabilidad disciplinaria si con fundamento en él se produjo trámite, aprobación, celebración y ejecución de contrato estatal, toda vez que el estudio jurídico soportó la actuación contractual en norma jurídica vigente, a menos que se trate de un concepto jurídico que desconozca una Sentencia de Tutela que ordene a la Entidad pública una actuación específica en el trámite, aprobación, celebración y ejecución de contrato estatal, o Sentencia de Constitucionalidad condicionada

que imponga el deber al operador jurídico de aplicar una norma legal bajo el condicionamiento que le impone la Corte Constitucional.

El operador disciplinario, también debe tener cuenta para juzgar la conducta de quienes producen el estudio jurídico, ya como servidores públicos o particulares con funciones públicas o administrativas cuando expiden conceptos jurídicos en virtud de un convenio o contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión. Si el concepto se soporta exclusivamente sobre normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia y con fundamento en el se tramita, aprueba, celebra o ejecuta contrato estatal, podrá el juzgador concluir que el titular del concepto es responsable exclusivo por haber inducido a los otros intervinientes a cometer la conducta, pero si además del concepto jurídico, existe algún comportamiento contrario al ordenamiento jurídico por parte de quienes intervienen en la correspondiente actuación responderán todos los sujetos disciplinables que intervinieron en el comportamiento colectivo irregular.

Si el concepto jurídico, es emitido con fundamento en informes técnicos, ambientales, financieros, presupuestales y económicos, certificaciones o peritajes, no puede ser responsable por este comportamiento, el sujeto disciplinable que emita el estudio jurídico, pues como operador jurídico conoce el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, los criterios auxiliares, pero debe tenerse en cuenta que es a partir de los insumos y de los presupuestos exigidos en la norma es que el operador jurídico debe pronunciarse sobre la viabilidad jurídica de un trámite, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal. Por ejemplo, si existe un informe técnico que da cuenta de la conexidad entre una vía y otra, desde luego el titular del concepto

jurídico debe estarse a ese informe a fin de pronunciarse sobre la viabilidad de una adición o contrato adicional.

El interviniente en el trámite, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal, en este caso es quienes elaboraron, proyectaron y suscribieron el respectivo estudio jurídico, ya sean servidores públicos o contratistas de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión, consultor, particulares que en virtud de contrato o convenio ejerzan funciones públicas o administrativas, en la misma conducta incurre tanto el servidor público como el particular, cuando éste último emite un concepto jurídico que es acogido por el servidor público que tramita, aprueba, celebra o ejecuta contrato estatal.

- Estudios financieros insuficientes o con desconocimiento del entorno económico en que se produce. Si el trámite, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal no cuenta formalmente con estudio financiero según la naturaleza del contrato, tales como el modelo financiero en los contratos de concesión o los precios en los demás contratos, se incurre en la falta disciplinaria por las personas encargadas de realizar el estudio, por los encargados de verificar su existencia y por quienes lo aprueban, celebren o ejecuten el contrato estatal. Pero si existe el estudio financiero, pero es insuficiente, el problema que se presenta para el operador disciplinario, es quien establece el carácter insuficiente del estudio financiero, o la causal que da origen a tal calificación.

Si el estudio de mercado es inconsistente, incompleto, o no contiene todas las variables, según el mercado del negocio propio del objeto del contrato, desde luego eso va a arrojar un estudio

insuficiente que va a afectar la planeación del contrato y la ejecución del mismo. Lo peligroso es que el operador judicial, llegue a la conclusión de que es un estudio insuficiente, sin que ello esté fundado en un peritazgo o informe técnico sujeto a las reglas del peritazgo judicial conforme al Código de Procedimiento Civil, ya que de lo contrario la adecuación de la falta disciplinaria se saldría del principio de legalidad, para dejarlo en el subjetivismo del operador disciplinario y ello contraría el principio de legalidad del tipo disciplinario.

El operador judicial debe establecer probatoriamente porque el estudio es insuficiente, y porque ello es la causa eficiente de los problemas que presenta el contrato en su ejecución. Es decir, si el contrato se ejecuta normalmente, no hay lugar a que haya irregularidad por estudio financiero insuficiente, me refiero en aquellos casos en que por ésta causa durante la ejecución del contrato variarse las condiciones financieras iniciales introduciéndoles modificaciones tales como revisión de precios, adición en plazo del contrato, adiciones de obras, contratos adicionales, mayores cantidades de obras etc.

Insistimos, que un contrato estatal puede ser financiado por diferentes fuentes de recursos dentro del presupuesto de una entidad pública, esto es que parte del valor del contrato sea cofinanciado entre la Nación y ente territorial, o entre dos entidades nacionales, departamentales, distritales o municipales, o que dentro del presupuesto de una entidad haya una partida presupuestal para celebrar un contrato de obra, y cuyas adiciones sean financiadas por una fuente presupuestal distinta de la misma entidad, o cofinanciada por otra entidad pública.

En cuanto a los estudios técnicos debo precisar que de acuerdo a la naturaleza del contrato, se exige el correspondiente estudio técnico. Esto es que los estudios técnicos de una edificación, es distinto a los estudios técnicos de la malla vial urbana, rural, túneles etc. Desde el punto de vista formal, los estudios técnicos son los que aporten las áreas técnicas de las entidades y de los consultores contratados, y desde el punto de vista sustancial o material, los estudios técnicos existen si son suficientes para tramitar, aprobar, celebrar y ejecutar contrato estatal.

El problema se presenta, y es de carácter subjetivo, cuando el operador disciplinario procede a revisar el contenido de los estudios técnicos, toda vez que no existe norma jurídica alguna que defina el alcance de lo que significa que los estudios técnicos sean los suficientes y necesarios para ejecutar el contrato estatal como lo exige la norma.

Y digo esto, porque desde el punto de vista del análisis lógico conceptual, lo insuficiente son todos aquellos estudios técnicos que durante la ejecución de un contrato deba ser sometido a ajuste, adaptación, complementación o elaboración de los nuevos diseños que surjan durante la ejecución del contrato. El problema se presenta, porque la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 y la Ley 1474 de 2011, exige que esos estudios sean definitivos, lo que contrasta con el mundo real de lo que ocurre en lo posible de la vida humana.

Estudios técnicos definitivos, en principio significa que son los necesarios y suficientes para tramitar, aprobar, celebrar y ejecutar contrato estatal, debiendo permanecer inalterable durante la ejecución del contrato. Esto es imposible en el mundo de lo real, puesto que en absolutamente todo proyecto de construcción, se presenta el plano record, esto es el último que

se elabora durante la ejecución del contrato antes de la entrega y recibo de la obra. Lo anterior advierte, que todo contrato que requiera de estudios técnicos, lo normal es que se produzcan adaptaciones, ajustes, complementaciones y elaboración de nuevos planos, ya que ello es producto de circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, circunstancias imprevisibles o de conveniencia del proyecto.

De allí que el operador disciplinario encuentra dificultad para la adecuación de la conducta al tipo disciplinario, ya que el carácter de insuficiencia de los estudios y diseños puede resultar una valoración subjetiva demasiado peligrosa para la garantía del principio de legalidad de la tipicidad disciplinaria, toda vez que no va a encontrar el órgano disciplinario proyecto de construcción alguno que no resulte alterado en sus estudios técnicos durante la ejecución del contrato, dado que es lo que normalmente ocurre.

El operador disciplinario debe tener en cuenta que una cosa son los estudios técnicos en los contratos clásicos como el de obra pública, y otra es en los contratos de concesión de proyectos de construcción que la entidad pública entrega los diseños. Aquí el riesgo de diseños es mayor, y presenta de manera unánime, homogénea y total la variación de los diseños originales al momento de contratar durante la ejecución del contrato; entonces un organismo técnicamente competente mediante peritazgo debe determinar la insuficiencia de los diseños, de tal manera que debe ser de tal envergadura que debe ser la causa eficiente que dio lugar a que el contrato debiera darse por terminado, o adicionado en recurso o revisado o modificado en su alcance, en sus precios, tarifa etc. Pero tal variación si fuese previsible era lo que da lugar al tipo disciplinario, pero si fuere imprevisible no puede constituir la falta disciplinaria.

Si tanto el contrato de obra como el de concesión de obra es de aquellos llave en mano, es decir, en donde el contratista hace los diseños y los implanta, esto es que los construye, vamos a observar que el riesgo de predios es menor, ya que se contrata conforme a un precio global, que siendo el contrato de obra, las modificaciones en su valor son a cargo del contratista, a menos que la causa eficiente de la modificación de los diseños sea por una causa imprevisible o por causa de la administración contratante, y si el contrato es de concesión de obra pública el riesgo sigue siendo menor, en cuanto el mayor valor hace parte de los costos en los que debe incurrir el contratista a su costa, pero si es por causa de imprevisibilidad o por circunstancias a cargo de la administración concedente la vía para solucionar la circunstancia, causa y efecto variandi, podría ser la adición en plazo de la concesión, o de adición de recursos por parte de la administración, o de incremento de la tarifa, o la autorización de cobro de servicios complementarios no cobrados según en el contrato original.

El verbo *intervenir, tramitar, aprobar, celebrar y ejecutar* en el contrato estatal significa lo siguiente:

Tramitar: Los servidores públicos y particulares intervienen en el trámite de un contrato estatal, adelantando las diferentes actividades o actuaciones en las fases precontractual, contractual y postcontractual. Esto es que durante la fase de preparación o formación del contrato, se planea el procedimiento de selección, realizando los estudios técnicos, jurídicos, financieros, presupuestales, económicos; lo que implica disponer lo necesario para la realización de los pliegos de condiciones, tramitar las autorizaciones, licencias, permisos previos, disponibilidades presupuestales, vigencias futuras, cronograma del proceso de selección, y todos los procedimientos administrativos de convocatoria, cierre, evaluación y

adjudicación del contrato estatal.

Todos los servidores públicos y particulares sujetos del derecho disciplinario, con funciones, deberes y/u obligaciones que recaen sobre la realización de alguna actuación para el trámite de la fase precontractual, es destinataria de la acción disciplinaria de que es titular el Estado. Igualmente, durante la celebración del contrato, todas las personas que intervengan en el acto de la celebración del contrato, esto es los sujetos que le dan las revisiones previas de legalidad técnica, jurídica y financiera, así como el acto mismo de la suscripción del contrato que de manera concomitante ocurre el fenómeno jurídico que conocemos como celebración del contrato estatal.

Entonces la intervención de los sujetos disciplinarios va desde la planeación del contrato, hasta los actos previos a la celebración del contrato. Pero antes de la celebración del contrato, se presenta otra intervención de los sujetos del derecho disciplinario y es la aprobación, que consiste en el visto bueno que se le da a los estudios técnicos, jurídicos, financieros, licencias, autorizaciones y permisos previos, a la resolución de apertura del proceso de selección, las aprobaciones que se da en los comités evaluadores y de adjudicaciones a los informes de evaluación de las ofertas, rechazos y admisibilidad de las mismas, a las observaciones y contraobservaciones, al informe de evaluación definitivo, al acto administrativo de adjudicación del contrato y a todas las decisiones que puede tomar la administración durante el lapso que transcurre entre la adjudicación y celebración del contrato.

Luego de la celebración del contrato, que se da con la suscripción del mismo, que es el acto de la firma, se presenta la aprobación de los requisitos necesarios para su ejecución, tales como la aprobación de las garantías, el registro presupuestal, los impuestos y la publicación del mismo. Luego, también se da aprobación durante la ejecución del contrato y durante la fase postcontractual, cuando se toman decisiones sobre el desembolso del anticipo o pago anticipado pactado, procedimientos administrativos sancionatorios, aplicación de cláusulas excepcionales, liquidación de mismo, reclamaciones económicas, efectividad de las garantías etc.

1.1.1.2.- De la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48, del CDU: “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.

a.- Participar en la etapa precontractual en detrimento al patrimonio público. Numeral 31 del artículo 48 del CDU.

Según la doctrina y la jurisprudencia, el detrimento patrimonial equivale a perjuicio que es la consecuencia del daño. De tal manera que el tipo disciplinario sin perjuicio de la garantía del principio de legalidad por tipicidad, se refiere a detrimento patrimonial, pero en realidad se refiere al daño patrimonial, que es toda aminoración que sufre el titular de un bien en su patrimonio, es toda merma en el contenido patrimonial del mismo, que desde luego debe ser

antijurídico en la medida en que la administración contratante no tiene porque soportar en condiciones de normalidad, es decir, de lo que se espera del actuar de un agente estatal contractual.

Ese daño patrimonial de naturaleza contractual, debe ser cierto por oposición al eventual; debe ser pasado por lo general, pero es posible que se presente un daño futuro bajo condiciones de certidumbre, esto es daño no consolidado a partir de situaciones jurídicas existentes, como es el caso de la muerte de una persona, en donde el lucro cesante se liquida entre la fecha de la muerte y la fecha de la ejecutoria de la sentencia, pero de allí en adelante se liquida el daño futuro no consolidado a partir de situación jurídica existente, y es que como la persona ya está muerta y la sentencia condenatoria ejecutoriada, se liquida el daño no consolidado a partir de situación jurídica existente hasta la edad de vida probable que decreta la providencia judicial.

Sin embargo, el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 para efectos de la responsabilidad fiscal definió el daño patrimonial, mas no el detrimento patrimonial como lo describe el tipo disciplinario como: *“DAÑO 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, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente 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”*.

Así las cosas, constituye daño patrimonial y por ende detrimento al patrimonio público, ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección de contratistas estatales y por ende suscribir un contrato estatal, estableciendo precios unitarios o globales por encima de los

precios del mercado, sumándole todos los costos asociados de que hala la ley de contratación y sus normas reglamentarias. Así mismo, constituye daño o lesión al patrimonio, contratar con cargo a un presupuesto tanto artificialmente bajo, como artificialmente alto, en la medida en que si es lo primero y el contratista señala que los precios están por debajo de los niveles de asunción de riesgos de precios, la administración va a tener que restablecer el equilibrio del contrato por vía administrativa o judicial, y si los precios son artificialmente altos, igualmente se estaría pagando mas por productos y objetos contractuales, bienes y servicios que en el mercado sumados todos los costos asociados están por menos.

Así mismo, se incurre en daño o lesión al patrimonio público, cuando se contrata la adquisición de bienes y servicios, con una calidad inferior a la que requiere la necesidad que pretende satisfacer el contrato y desde luego ello constituye una inadecuada inversión de los recursos públicos. Así mismo, cuando durante la fase precontractual se acepta una garantía de seriedad del ofrecimiento que no reúne los requisitos legales de amparo, porcentaje, vigencia, cuantía, y si ocurre el siniestro y no hay lugar a la aplicación por indebida revisión de la legalidad y de los requisitos de la misma, se actuó con claro detrimento al patrimonio del Estado involucrado en el proceso de selección.

b) La falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del CDU:
“Participar en la etapa precontractual o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

Se trata del juzgamiento de los principios de contratación estatal, regulados en la Ley 80 de 1993, tales como el de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, libre concurrencia, planeación etc, teniendo en cuenta que de conformidad con la ley 80 de 1993, para proceder a adecuar la conducta al tipo disciplinario contractual, debe tenerse en cuenta la descripción precisa que hace el estatuto en cada caso concreto. En el punto siguiente, procederemos analizar el contenido para realizar la correspondiente adecuación al tipo disciplinario contractual, conforme a las reglas particulares señalada en cada uno de ellos.

Téngase en cuenta que si es el operador disciplinario, el que toma las regulaciones contractuales contenidas en el estatuto general de los contratos de las administraciones públicas, así como en cualquiera otra norma especial de naturaleza contractual y la adecua a los principios de contratación creados por la doctrina y la jurisprudencia, para luego adecuarlos a la falta disciplinaria que señala que la vulneración a los principios de contratación es falta disciplinaria gravísima, con ello estaría vulnerando el principio de legalidad del tipo disciplinario, ya que quien esta creando el tipo legal sería el operador jurídico y no el legislador. Recordemos que el operador disciplinario en este caso solo tiene la competencia y función de realizar un ejercicio y es el de tomar dos normas de creación y legal y coordinarlas, armonizarlas para la estructuración de una falta, que previamente en dos o tres normas jurídicas el legislador ha

descrito.

Luego, en aquellos principios de creación constitucional y legal, en donde es el legislador quien le da contenido, descripción, desarrollo, definición y en lista la regla, es en estos casos donde basta con analizar la descripción o definición del principio contenido en la norma contractual, para estructurar la falta con el tipo disciplinario contenido en el numeral 31 del artículo 48 del CDU.

Al respecto es necesario remitirse a los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, que le dan contenido normativo a los principios contractuales de transparencia, economía, y responsabilidad.

a.- Conductas del principio de transparencia, descritas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 a observar durante la fase precontractual:

Numeral 2°. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Se trata de la publicación de los prepliegos, las observaciones a que formulen los interesados, así como el deber que tienen los servidores públicos de publicar junto con los prepliegos los estudios y requisitos previos, que le sirvieron de sustento. Así mismo, los oferentes tienen el

derecho a conocer el cronograma de los procesos contractuales, así como sus modificaciones, ampliaciones, a conocer las ofertas de los demás proponentes, los informes de evaluación en la página web, así como el derecho disponer de ellos durante el término de cinco días para formular las observaciones, a contraobservar las observaciones que les formulen, así como también tienen el derecho a conocer el informe definitivo de evaluación y a presentar en la audiencia públicas las observaciones que tenga contra este.

Así mismo, tiene el derecho a conocer el acto administrativo de adjudicación y a recurrirlo, así como a formular peticiones a la Entidad entre la adjudicación de la licitación y la firma del contrato, para solicitar su revocatoria directa.

3°.- Las actuaciones serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de la licitación e ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

Hace referencia a que todas las actuaciones precontractuales deben estar organizadas en un expediente en el que tendrán acceso todas las partes interesadas, tales como los oferentes, veedurías ciudadanas, órganos de control penal, fiscal y disciplinario; así mismo debe señalarse que toda adjudicación debe hacerse por disposición expresa de la Ley 1150 de 2007 en audiencia pública.

5° En los pliegos de condiciones:

El proyecto de pliegos, conocido como los prepliegos debe ser socializado a través de la publicación en la página web de la entidad pública, y debe escucharse, tramitarse y decidirse de

manera justificada y motivadas todas las observaciones que formulen los interesados. A ello apunta la participación de todos los interesados en la construcción de los pliegos.

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

La entidad pública, debe señalar los requisitos objetivos para participar en los procesos de selección, teniendo en cuenta los requisitos jurídicos, técnicos, financieros que la Ley 1150 de 2007 define como habilitantes, lo que implica que el contenido de cada uno de los requisitos denominados pasa no pasa, tengan una proporción y razonabilidad entre el objeto del contrato, el plazo, su presupuesto, su alcance, su finalidad, su valor y su contenido técnico, tales como disponibilidad de maquinaria, de insumos, garantía de suministro de materiales, experiencia general y específica, indicadores de salud financiera de los sujetos oferentes etc.

La adecuación a la tipicidad disciplinaria de este tópico, es complejo en cuanto, lo objetivo es aquellos que es razonable, proporcional, que es posible en el mundo real, que tiene una motivación y justificación. El problema jurídico es que existen requisitos habilitantes reglados en la ley y los reglamentos, cuya objetividad jurídica es el cumplimiento de la normatividad legal, pero existen otros contenidos del pliego que son de regulación propia de la entidad pública, que es donde el operador disciplinario puede incurrir en el mundo del subjetivismo, puesto lo que no puede ocurrir es que el juez disciplinario cuestione a la Entidad pública los requisitos de regulación del pliego que debió o no incluir, pues el juez disciplinario no puede remplazar a la Entidad pública licitante en esta tarea.

En ocasiones se observa como la Procuraduría al juzgar comportamientos de ésta naturaleza en

el pliego de cargo y los fallos disciplinarios, llegan a señalar requisitos no reglados en la ley y los reglamentos como que debieron incluirlos y excluírlos, y aceptar en un Estado de Derecho definido en la Constitución Política de 1991, sería tanto como aceptar que la Procuraduría tiene facultades para reemplazar a la Entidad pública en la elaboración de los pliegos. Así como el juez administrativo en sus decisiones juzga las actuaciones de la administración, pero no tiene competencia para disponer en sus decisiones judiciales lo que es competencia de la administración, la Procuraduría, en ejercicio de sus funciones disciplinarias solo puede tomar las reglas de los pliegos de condiciones y analizarlas y si unido a ello encuentra pruebas que demuestren que el pliego dispuso una u otra regla para excluir o incluir un oferente en particular con el fin de direccionar una oferta hacia un fin preestablecido, habrá entonces falta disciplinaria. Pero la simple estipulación de una regla en pliego, acompañada de análisis subjetivo sobre los resultados de un proceso de selección no puede dar lugar a la configuración de la falta disciplinaria.

El problema se torna aún mas complejo, cuando las Entidades públicas concurren a las actuaciones contractuales en cumplimiento de funciones preventivas. Estas funciones de prevención de la Procuraduría General de la Nación tiene un alcance definido de manera precisa en la Ley en cuanto al efecto de los conceptos, solicitudes y opiniones que emita en desarrollo de esa tarea preventiva. En ocasiones La Procuraduría emite conceptos y solicitudes en relación a una actuación contractual, tales como la suspensión de una audiencia de adjudicación, solicitud de revision de una actuación y decisión, concepto sobre la legalidad de un procedimiento de selección.

Tal situación genera la mayor incertidumbre jurídica al operador contractual, porque pueden presentarse los siguientes escenarios:

a.- Que la Procuraduría concurra al procedimiento contractual como simple observador, lo que genera la mayor certidumbre en cuanto a que si observa irregularidades puede adelantar la correspondiente investigación disciplinaria.

b. Que emita conceptos sobre la legalidad de una actuación en particular. En este caso, si la Entidad actúa amparado en el concepto de legalidad emitido por la Procuraduría, debería generar la mayor certidumbre jurídica en cuanto en ejercicio de función preventiva tuvo la oportunidad de estudiar el asunto y pronunciarse sobre ello, lo que en términos del principio de legalidad implica que la misma Procuraduría que emitió su concepto previo no debería desconocerlo posteriormente si decide adelantar el proceso disciplinario, pues es evidente que tal concepto por ser expedido por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, bajo los procedimientos legales generó la legítima confianza en la entidad pública competente para la decisión contractual, pues de ser ilegal el concepto podríamos llegar al punto de afirmar que existe corresponsabilidad de la procuraduría en cuanto pudo inducir a error al ente contratante público.

c.- El otro problema jurídico que se presenta, ocurre cuando la Procuraduría en desarrollo de funciones preventivas decide hacer solicitudes a la entidad pública, para que se abstenga de actuar en uno u otro sentido. Todo ello en ejercicio de funciones preventivas.

En este caso, si la Entidad pública deja de actuar acatando la decisión de la Procuraduría, desde mi perspectiva no podría de manera posterior establecer responsabilidad disciplinaria por haber acogido precisamente la solicitud del Ministerio Público, presentándose la posibilidad incluso de que si ello da lugar a alguna acción vincular a la Procuraduría junto con la Entidad pública.

Se presenta una circunstancia bien compleja, cuando la Procuraduría en ejercicio de la función preventiva formula una petición a una entidad pública en desarrollo de competencias contractuales, puesto que los servidores públicos están sometidos a la incertidumbre jurídica a pesar del ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario que le establece sus competencia.

Esto es que en ocasiones el Ministerio Público formula a la entidad contratante peticiones de aplazamiento o de revisión de informes o evaluaciones, que la entidad publica contratante no comparte, pero en ocasiones sienten que no acoger la solicitud del Ministerio Público les asegura una investigación disciplinaria, lo que hace que lo mas razonable para ellos sean acoger la sugerencia como si fuera una orden. Desde mi perspectiva, creo que el legislador debe precisar la certidumbre jurídica de la intervención del Ministerio Público en el ejercicio de la función preventiva, esto es, precisar el alcance y responsabilidad de la Procuraduría General de la Nación en sus actuaciones y concepto acerca de un proceso contractual en sus funciones de acompañamiento preventivo, así como el carácter y finalidad de la actuación.

Mientras el ordenamiento jurídico no determine el alcance y consecuencias de las actuaciones de acompañamiento del Ministerio Público en la actividad contractual, se mantiene la incertidumbre jurídica para los servidores públicos contratantes, ya que si los conceptos de legalidad emitidos no blindan disciplinariamente la actuación del servidor público, no tendría sentido jurídico que se mantenga tal función para la Procuraduría General de la Nación.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, asegure una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación.

Las reglas del pliego deben ser tan claras y objetivas que no deben dar lugar a interpretaciones anfibológicas, así como tampoco deben dar lugar a que la verificación de los requisitos habilitantes y de ponderación dependan de consideraciones subjetivas de los evaluadores y de los comités decisorios como tampoco del representante legal o jefe del organismo responsable de las actuaciones contractuales.

De allí, que la Entidad debe agotar todos los esfuerzos necesarios a fin de evitar que el proceso de selección se declare desierto, ya que la finalidad principal es la de seleccionar una de las ofertas siempre que ella resulte objetivamente la mas favorable para la entidad contratante, salvo que el proceso incurra en una de las circunstancias excepcionales, esto es, que el proceso no pueda continuar porque no se presentó ninguna oferta o porque ninguna de las presentadas reúna los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

Los estudios técnicos deben contener todas las exigencias de calidad, cantidad y características del bien o servicio contratado, para lo cual debe aplicarse el principio de confianza, esto es que las áreas especializadas o el producto del consultor contratado debe tener las condiciones técnicas y de procedimientos de calidad que garanticen la confiabilidad de las condiciones de costo y calidad de los bienes y servicios a contratar, para lo cual debe revisarse por parte de la Entidad o el interventor del consultor que elaboró el estudio, de tal manera que el aval que resulte de ésta revisión ejerza una posición de garante respecto de quien con tal requisito ordena la apertura del proceso de selección, adjudicación, celebración, ejecución, entrega y recibo del bien o servicio contratado y la liquidación del contrato.

Lo contrario es exigir al contratante estatal lo imposible, es decir, que tenga que materialmente garantizar la cantidad, calidad y suficiencia de la calidad de los bienes y servicios a contratar por el solo hecho de ser el responsable de la gestión contractual de la Entidad, cuando en virtud del principio de especialidad, cada área responsable en virtud de sus competencias y conocimientos exigidos es la llamada a elaborar cada producto requerido.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

Esta exigencia legal, implica que la Entidad pública en los pliegos de condiciones y en las

estipulaciones del contrato estatal, no debe señalar exigencias de imposible cumplimiento tanto para la entidad pública contratante como para la entidad pública contratista, como para el interventor del contrato, así como tampoco podrán estipularse exoneración de responsabilidad para el contratista o contratante derivada de los datos, informes y documentos que se suministren para la elaboración de las ofertas, celebración y ejecución del contrato.

Esto significa, que si se presenta alguna insuficiencia de estudios técnicos, como en el caso de los diseños, los pliegos no podrán exonerar al contratista de la responsabilidad que debe asumir durante la ejecución de la obra, ya que éste riesgo debe asumirlo el contratista, a menos que la Entidad pública establezca dentro del pliego que es una responsabilidad compartida.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Las reglas de los pliegos de condiciones deben ser claras y precisas, a tal punto que cuando los oferentes e interesados así lo establezcan deberán solicitar las correspondientes aclaraciones de los pliegos mediante las addendas correspondientes, a fin de evitar que el pliego induzca en error al oferente y este pierda la oportunidad de formular una buena oferta; o que la oferta dependa en su evaluación de la voluntad de los evaluador, porque sería incurrir en la discrecionalidad de las evaluaciones de las propuestas, proscrita por la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

f) Se definirán el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar teniendo en cuenta su

objeto, naturaleza y cuantía.

El pliego de condiciones debe señalar teniendo en cuenta el objeto, naturaleza y cuantía del contrato el plazo y demás condiciones para la liquidación del contrato, ya que el oferente debe tener claro si la liquidación del contrato está sometida las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, o si por el contrario la liquidación es la señalada en el pliego y en el futuro contrato, esto es que para ello se sometan a plazos, requisitos y condiciones especiales.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

La ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones de los pliegos y de los contratos estatales puede ser judicial o administrativa. La ineficacia judicial, hacen relación a que el juez mediante la acción contractual declara la nulidad de las reglas de los pliegos y de las estipulaciones de los contratos por nulidad relativa o absoluta, cuya consecuencia inmediata es la ineficacia de tales reglas y estipulaciones, por ser contrarias al ordenamiento jurídico vigente y encontrarse incurso en las causales de nulidad de los contratos establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, o por contener reglas expresas de renuncia por parte de los sujetos contractuales a la responsabilidad que le pueda proceder por los datos, informes y documentos suministrados durante la gestión contractual.

6°. En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

Igualmente, los pliegos deben contener las reglas de la adjudicación de los contratos, esto es, la verificación de los requisitos habilitantes, y los factores de ponderación, así como los sistemas de adjudicación, mediante licitaciones únicas, o licitaciones por grupos mediante el sistema de adjudicación por escalera.

7º. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

Este requisito obedece al principio constitucional de la debida motivación de las decisiones de las autoridades, lo que implica que todos los actos administrativos precontractuales, contractuales y postcontractuales deben estar motivados en consideraciones precisas, detalladas, así como los informes de evaluación y los actos administrativos de adjudicación y de declaración de desierto, sin que a la autoridad disciplinaria le sea dable incurrir en valoraciones subjetivas, esto es que no podrá compartir la redacción y argumentación, pero ello no generará responsabilidad disciplinaria si con ello no contraría ninguna norma concreta y regla de derecho contenida en norma del ordenamiento jurídico. Es decir, no existe falta disciplinaria por la interpretación jurídica de una norma, porque el juez disciplinario no es el intérprete auténtico de la norma, pues para ello está la Constitución, la Ley, las normas interpretativas, los reglamentos y la jurisprudencia de tutela, la doctrina obligatoria del Tribunal Constitucional, las decisiones del Consejo de Estado y las sentencias de constitucionalidad condicionada o de exequibilidad total o parcial.

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

Los servidores públicos no pueden expedir actos administrativos durante la gestión contractual incurso en ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, en especial en la causal de desviación o abuso de poder, es decir, no puede incurrir en violación a la ley, en incompetencia, en expedición irregular, en falsa motivación y desviación o abuso de poder. Se presenta desviación de poder cuando mediante acto administrativo se adjudica una licitación a un proponente que no era el titular de la oferta mas favorable y se incurre en artimaña o interpretaciones amañadas para asignarle un puntaje distinto al que legalmente le corresponde. Se presenta desviación de poder cuando mediante acto administrativo se elude un proceso de selección objetiva, tal como la declaración de urgencia manifiesta, que elude la licitación o la selección abreviada para contratar directamente. No así cuando se adiciona un contrato, por cuanto este es un acto bilateral y la desviación de poder es una causal de nulidad de los actos administrativos, y no se incurre en ella en actos bilateral como es la adición o celebración de un contrato adicional.

9°. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

Las faltas disciplinarias contenidas en los numerales 32, 33, 34 y 35 del artículo 48 de la Ley

734 de 2002, se presentan en las fases de ejecución, liquidación del contrato estatal.

1.1.2.- Las faltas disciplinarias graves o leves en la licitación pública conforme a los deberes y prohibiciones previstas en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

a) Artículo 34 del CDU: Deberes de los servidores públicos.

10. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

Las faltas disciplinarias no expresamente establecidas en los numerales 1º, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del CDU, serán las que el operador disciplinario adecuará a tipos disciplinarios leves y graves, según los criterios de levedad o gravedad previsto en el artículo 43 del CDU.

Así las cosas, es deber de los servidores públicos de la entidad hacer cumplir y cumplir los manuales de procedimientos de contratación, las circulares administrativas, hacer uso de las facultades conferidas en los actos de delegación o desconcentración, cumplir con los manuales de interventoría de la Entidad, cumplir los servidores públicos las normas técnicas aplicables a la actividad contractual, actuar con suma diligencias en la revisión de los objetos contractuales, establecer los ajustes a que haya lugar, hacer cumplir al interventor las obligaciones adquiridas

con los contratos, etc.

2.-Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

En relación al contrato estatal, los servidores público deben actuar con diligencia, eficiencia e imparcialidad, en todas sus actuaciones a fin de evitar actos que hagan incurrir a la entidad en causal de suspensión del proceso de selección, o que implique abuso indebido del cargo o función, tal como cuando los evaluadores ordenan subsanar requisitos que siendo subsanables ya venció el termino para que el oferente lo hiciera, y al no hacerlo dentro del término otorgado por la entidad, no podría hacerlo en la audiencia pública de adjudicación, salvo que sean de aquellos que hagan relación a la capacidad de contratación, tales como la existencia y representación legal, registro de proponentes, la entrega de documentos que contengan datos históricos.

3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público. Se presenta, cuando la entidad pública teniendo toda la posibilidad de ejecutar el presupuesto no lo hace, mientras los indicadores de gestión muestran que existen necesidades públicas a satisfacer y recursos, pero lo que se omitió fue la acción del jefe del organismo para emprender los procesos contractuales.

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos. Se presenta cuando el servidor público conoce de manera previa el trazado de las vías y demás obras públicas y los bienes que va a afectar, los revela y ello genera maniobra de los propietarios o interesados en enajenar el bien o cualquier otra actuación fraudulenta a fin de incrementar el avalúo comercial con el cual habrá de comprar o expropiar el Estado. Igualmente, se presenta, cuando durante una licitación para adjudicar una concesión, el servidor público revela el modelo financiero, cuando el decreto 2474 de 2008, impone el deber a los servidores públicos de no revelarlo.

5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos. Se presenta, cuando algún servidor público, le entrega sin autorización la información y la documentación a algún interesado en particular y antes de que legalmente tenga acceso a ella, copia de la información soporte del proceso de selección, tales como los criterios de estructuración jurídica, técnica y financiera de los procesos de selección, copia de las propuestas sin que aún las haya revisado el Comité de Evaluación, , copia de los informes preliminares de evaluación etc.

6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio. Se trata por ejemplo el trato que deben darle los servidores públicos de la Entidad contratante a los contratistas a la interventoría y a los usuarios, en la audiencias de adjudicación etc, en los

controles sociales que se ejercen. Etc.

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes. Los servidores públicos deben cumplir con las instrucciones jurídicas, administrativas y de gestión contractual, siempre que sean emitidas por funcionario competente, en ejercicio de sus funciones y bajo las formalidades legales.

10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta. Hace relación al deber de garantizar y respetar el derecho de turno en todas las actuaciones contractuales, salvo que las necesidades públicas y el interés general hagan imperiosa su prelación, de tal manera que como en los casos de urgencia manifiesta haya que priorizar una actuación contractual alguna.

13. Motivar las decisiones que lo requieran, de conformidad con la ley. Implica ello, que no solo debe fundarse y motivarse los actos de apertura de un proceso de selección, sino también los de suspensión del proceso, la revocatoria del proceso de selección, la habilitación o rechazo de una oferta, la orden de subsanar, la adjudicación, la revocatoria de la adjudicación etc.

b) Artículo 35 del CDU: Prohibiciones de los servidores públicos.

1º. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. En este caso, debe estudiarse y analizarse en su integridad el Código Disciplinario Unico, con el fin de establecer si igualmente se encuentra la falta descrita como falta disciplinaria gravísima, porque en estos casos, habrá un concurso de falta disciplinaria en la medida en que se encuentra descrita como gravísima y grave, lo que implica que basta con que se adecuó sólo a la falta mas grave, que en este caso es la gravísima.

3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios. En este caso, debe tenerse en cuenta, que la norma que acá se aplica es el numeral 1º del artículo 48 del CDU, en la medida en que este se encuentra tipificado en el Código Penal como un delito contra la administración pública a título dolo, en donde el sujeto activo de ser un servidor público con ocasión y en razón a sus funciones, susceptible de ser tipificado como falta disciplinaria gravísima.

8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento. En materia de contratación estatal, esta conducta es tipificada como falta disciplinaria grave o leve, según las circunstancias agravantes o atenuantes, siempre que no

exista concurso de estos tipos disciplinarios mencionados anteriormente mencionados con uno de los tipificados en el artículo 48 del CDU, pues la calificación y tipificación será al mas grave. A menos que la conducta este descrita en el CDU como grave o leve, y que no esté expresamente prevista como gravísima en el CDU, pues en este caso deberá adecuarse a la falta grave o leve prevista en los artículos 34 y 35 Ibídem. Cuando la falta se encuentre prevista en el CDU como grave o leve, y no se encuentre regulada expresamente como gravísima en el mismo CDU, no es dable al operador disciplinario acudir al numeral 1º del artículo 48 del CDU, es decir, acudir a los delitos contra la administración pública, para traer la descripción penal a l escenario disciplinario, pues esto es posible solo cuando la falta no se encuentra tipificada en el CDU a ningún título, porque de estar descrita en el CDU a cualquier título es a ese que se debe adecuar es decir grave o leve, pero nunca se podrá acudir al Código Penal soslayando el CDU existiendo regulación expresa y especial, sólo para agravarle la calificación al sujeto disciplinable.

16.-. Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). Esta falta así descrita es falta leve o grave, en la medida en que escapa a la regulación contractual, esto es la realización de una conciliación judicial, prejudicial, el pago de una multa, de una autorización administrativa, el pago de una cuenta a favor de un tercero. De otra parte, si se trata de la apertura de un proceso de selección de contratistas o de suscripción o celebración de un contrato, adición, contrato adicional o suscripción de actas de mayores cantidades de obra, mayor permanencia, mayor prestación de servicios de interventoría, mayor suministro de bienes y servicios a los inicialmente contratados, sin disponibilidad presupuestal o autorización para contratar con cargo a vigencias futuras,

estamos en presencia de una conducta que se podría adecuar a la falta disciplinaria consistente en participar en la fase precontractual o contractual sin el cumplimiento de los requisitos previos exigidos por la ley, en este caso, la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 20'07, sus decretos reglamentarios y el Estatuto de Presupuesto Nacional, distrital, municipal, según el caso.

b).-Numeral 22 del artículo 35 del CDU, modificado por el artículo 3 de la ley 1474 de 2011.

Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años de de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuáles existe sujetos claramente determinados.

Al respecto, compartimos el concepto que emitió la Subdirección General Jurídica del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU de Bogotá D.C; en el siguiente sentido:

“En atención a la solicitud realizada a través del memorando STRH-516-3734 de fecha 16 de febrero de 2008, me permito realizar las siguientes consideraciones acerca del alcance de la prohibición establecida en el numeral 22

del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta lo siguiente:

Problema jurídico a resolver.

El problema Jurídico que se plantea consiste en establecer si quien se ha desempeñado como servidor público de una entidad estatal puede o no, suscribir contrato estatal de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión dentro del año siguiente a su retiro, cuyo objeto sea prestar asistencia, asesoría o representar a dicha entidad.

2. Consideraciones preliminares

2.1. Consideraciones de la Corte Constitucional sobre el impedimento establecido en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, CDU.

La corte Constitucional mediante sentencia C-893 del 07 de octubre de 2003, asume el estudio de la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 35 numeral 22 de la ley 734 de 2002 “por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único”, en cuyo fallo decide declarar la exequibilidad condicionada de la norma, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia (sic).

Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

Ahora bien, en este caso, la actora reprocha la prohibición a todo servidor público de incurrir o permitir que se incurra en la incompatibilidad de prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, que se prolonga por el término de un año a partir de la dejación del mismo, pues considera que esta prohibición viola los derechos a la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26) y la vigencia de un orden justo, por cuanto, según su concepto se impone obligaciones de servidor público a una persona que ya no está vinculada con la administración.

Para la Procuraduría no hay tal violación, por el contrario, se está frente a una carga impuesta al servidor público que justifica su previsión por el legislador para evitar que el interés público se vea menoscabado por los de tipo privado, lo que explica la prolongación en el tiempo.

Igualmente, el interviniente del Ministerio del Interior y de Justicia, consideró que la norma no se aparta de los postulados constitucionales que rigen lo concerniente al derecho al trabajo, el poder público disciplinario y la **responsabilidad de los particulares frente al Estado**.

De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

En ese orden de ideas, la adopción por el legislador de un régimen específico de incompatibilidades y el establecimiento de prohibiciones a los servidores públicos para que queden separados de manera nítida los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas, resulta plenamente acorde con los principios que informan el Estado de Derecho, entre los cuales es de su esencia que la función pública se realice dándole eficacia a los principios que para ella señala el artículo 209 de la Constitución.

En efecto, quienes no son servidores del Estado, se encuentran asistidos por el derecho a que las funciones públicas se realicen conforme a la Constitución y a la ley y, con mayor razón, tal derecho se extiende a los propios servidores públicos. Es esa una garantía propia del Estado de Derecho, que se erige como una salvaguardia frente a la arbitrariedad, al capricho o a la discriminación no autorizada por la Constitución y la ley en el ejercicio de la función pública. Es una realización concreta del derecho a la igualdad frente a la ley, así como del principio de legalidad de los actos del Estado.

Del mismo modo, no es extraño a la Constitución, sino al contrario, característica del Estado de Derecho, que la función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, que ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público.

Desde luego, como corolario obligado de lo expuesto en precedencia, al Estado de Derecho le repugna que la función pública se ejerza con quebranto de la moralidad administrativa o que se dilate sin causa justificada, o que al realizarla no se cumpla con ella la finalidad propia del servicio público que, se repite, se ha instituido para la satisfacción del interés público o de los intereses particulares pero conforme a la ley.

Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 según la cual a todos los servidores públicos les está prohibido "Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra", se ajusta a la Carta Política, conforme a las precisiones que a continuación se exponen:

De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con

respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ANTE el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia (sic) de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ANTE su inmediato y anterior empleador.

Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia (sic), y la imparcialidad de la función pública.

Como puede apreciarse, conforme al texto mismo del artículo 35, numeral 22 de la ley 734 de 2002, la prohibición objeto de análisis, la hizo extensiva el legislador "a todo servidor público". Ello significa, entonces, que no es aplicable solo a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público en el sector central y en el descentralizado, sino también a los servidores de la rama judicial con respecto al Juzgado o Corporación de la que formaron parte como Magistrados, e igualmente a los servidores de la rama legislativa; y, por las mismas razones, en tal prohibición quedan comprendidos también los servidores públicos de la Organización Electoral, de la Defensoría del Pueblo, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación(...).

De conformidad con las anteriores consideraciones la Corte Constitucional, decidió declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado." (Negritas y subrayado fuera del texto original).

2.2. Características de los impedimentos: inhabilidades e incompatibilidades.

Tenemos que el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, establece que constituye falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, **prohibiciones** y violación del régimen de **inhabilidades, incompatibilidades**, impedimentos y conflicto de intereses.

Las prohibiciones son mandatos de no hacer dirigidos al servidor público para que cumpla correctamente los deberes funcionales que constitucional y legalmente le han sido asignados. Las inhabilidades son expresas limitaciones constitucionales y legales que recaen en la persona para acceder a cargos públicos o para contratar con el Estado, inspiradas en la protección de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Carta Política.

La Corte Constitucional ha expuesto sobre las inhabilidades, que estas son “prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración”.

La misma Corporación en otro pronunciamiento, “ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares”.

Por su parte, las incompatibilidades se refieren a la imposibilidad jurídica del servidor público para realizar o desempeñar simultáneamente dos o más actividades públicas y en ciertos casos, actividades públicas y privadas. Es una limitación jurídica que le imposibilita al servidor público el ejercicio de varias actividades.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha expresado lo siguiente:

“De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo (...) para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública”.

Siendo así, tanto las prohibiciones como los diferentes regímenes de inhabilidades e incompatibilidades contemplados en el ordenamiento jurídico, son supuestos de hecho en los que el servidor público puede incurrir en el terreno disciplinario.

Dentro de esos regímenes de inhabilidades encontramos el regulado para la contratación estatal. En esta materia, tales limitaciones se encuentran expresamente en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el cual delimita claramente las condiciones y capacidades de las personas para contratar con el Estado.

Apelando a la constitucionalidad de una de las limitaciones consagradas en dicha norma, la jurisprudencia constitucional ha expuesto que “las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia,

eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que, se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato”.

Para la adecuada interpretación de los impedimentos, que en la práctica se materializan en inhabilidades e incompatibilidades, se deben tener en cuenta las características que se encuentran presente en todos los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades:

a). Son de reserva constitucional y legal

Como quiera que los impedimentos constituyen limitaciones al ejercicio de ciertos derechos constitucionales, sólo corresponde su regulación a la Constitución y a la Ley. Esta última a través de la facultad otorgada al Congreso de la República por los artículos 114 y 150 de la Carta Política.

Cabe precisar en este momento que, si bien es al legislador a quien compete regular los diversos regímenes de inhabilidades e incompatibilidades y señalar sus causales, también lo es que por vía jurisprudencial la Corte Constitucional puede, a través de sus fallos de constitucionalidad, fijar el alcance de las normas a través de fallos modulados, tales como sentencias con decisión de exequibilidad condicionada, dentro de los que se encuentra el acceso a cargo públicos y la capacidad para suscribir contratos con el Estado; eso fue precisamente lo que sucedió en esta sentencia en relación con los casos allí previstos, antes comentados.

Las inhabilidades e incompatibilidades van encaminadas a proteger altos intereses públicos que se involucran en las relaciones contractuales del Estado, limitando el ejercicio de algunos derechos en la persona, caracterizadas principalmente por su taxatividad en la norma que las consagra y porque su interpretación a la hora de aplicarse debe ser restrictiva; es decir, que el operador jurídico al momento de aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al caso concreto, debe ceñirse a las causales existentes en el ordenamiento jurídico vigente, no siendo permitido la creación de nuevas causales de inhabilidad o incompatibilidad, distintas a las consagradas en la Constitución y en la Ley.

b). Prohibición de interpretaciones analógicas. Aplicación restrictiva

En esta misma línea argumentativa y en virtud de los principios de igualdad y legalidad, y atendiendo lo dispuesto por el artículo 31 del Código Civil, el cual dispone que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (...)”, salvo las excepciones legales que allí mismo se señalan, el Consejo de Estado ha sostenido en materia de responsabilidad disciplinaria de servidores públicos, que tanto inhabilidades como incompatibilidades, “dado su carácter prohibitivo, (...) deben estar consagradas de forma expresa e **interpretarse restrictivamente** de modo que su aplicación sólo es posible cuando se reúnan todos los presupuestos indispensables para sancionar a un servidor público”.

Siendo así, la aplicación por analogía de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades es desde todo punto vista inadmisibles, y por tanto únicamente su aplicación debe hacerse atendiendo al tenor literal de la norma que las consagra, de conformidad con lo señalado por el artículo 27 del Código Civil.

3. **Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública en lo relacionado con el problema jurídico planteado.**

El Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto del primero de febrero de 2010, expresó lo siguiente:

“La ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece:

“Artículo 8. de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar...

Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos **ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:**

Quienes fueron miembros de las juntas o consejos directivos o **servidores de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contados a partir de la fecha de retiro.**

La ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.

(...)

3. La Corte Constitucional en Sentencia C-893 de 2003, en cuanto al cual es el alcance del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señaló lo siguiente:

4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador.

4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad

de la función pública.

4.7.4. Como puede apreciarse, conforme al texto mismo del artículo 35, numeral 22 de la ley 734 de 2002, la prohibición objeto de análisis, la hizo extensiva el legislador "a todo servidor público". Ello significa, entonces, que no es aplicable solo a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público en el sector central y en el descentralizado, sino también a los servidores de la rama judicial con respecto al Juzgado o Corporación de la que formaron parte como Magistrados, e igualmente a los servidores de la rama legislativa; y, por las mismas razones, en tal prohibición quedan comprendidos también los servidores públicos de la Organización Electoral, de la Defensoría del Pueblo, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación.

2. La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos al referirse sobre el tema de las inhabilidades, con las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir quienes aspiren a ingresar al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y claras en la Ley de la República.

De conformidad con la norma jurisprudencial expuesta, en criterio de esta Dirección se considera que **las personas que han ocupado empleos del nivel directivo o asesor en entidades del Estado,** quedan inhabilitados para contratar **durante el año siguiente a su retiro con la misma entidad;** igualmente quedará inhabilitado por el mismo término para prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba, se precisa que no se trata de una prohibición genérica para desempeñar totalmente una profesión u oficio que si podrá ejercer, salvo ante la entidad que laboró como funcionario y frente a los temas en lo que tuvo alguna injerencia, por razón de la función o cargo que desempeñaba.

Atendiendo puntualmente su consulta, el hecho de que sea retirado del empleo para cederle el cargo a quien gano la plaza mediante concurso de méritos, no se encuentra consagrado en la ley como inhabilidad para vincularse nuevamente con una entidad del Estado. Para el caso objeto de consulta, se considera que la persona que ocupo un empleo de carrera administrativa en una entidad Distrital, la cual fue retirada para cederse el empleo a quien ganó el concurso de mérito, no se encuentra inhabilitada para celebrar un contrato de prestación de servicios con la entidad.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.”.

4. Consideraciones de la Subdirección General Jurídica del IDU

La prohibición consagrada a manera de incompatibilidad en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, y de inhabilidad cuando el servidor deja el cargo, es del siguiente tenor:

“Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.”

Dicha prohibición fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-893 de 2003, con fundamento en el siguiente condicionamiento:

“en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado.”

De modo que la lectura de la prohibición señalada en el numeral 22 del artículo 35 del CDU debe hacerse armonizándola con el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, que son las inhabilidades e incompatibilidades especiales en materia de contratación estatal.

Entonces, los impedimentos de inhabilidad e incompatibilidad a que hace referencia el numeral 22 del artículo 35 del CDU, constituyen tipos disciplinarios abiertos (números apertus), los cuales no describen de manera específica y concreta el contenido y alcance de la falta y por ende, es necesaria la remisión a otros cuerpos normativos en donde se consagran los ingredientes especiales de la causal de inhabilidad o incompatibilidad.

En este sentido, en relación con las actuaciones de todos los servidores públicos, deben acudir a lo contemplado como causales de impedimento y recusaciones en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por autorización expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Y en relación a los impedimentos para celebrar y ejecutar contratos estatales, igualmente la falta disciplinaria es abierta, pero para estructurarla debe revisarse la armonización con el artículo 48, numeral 30 del CDU, que es un tipo disciplinario especial aplicable de preferencia por el tipo disciplinario genérico. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5, numeral 1º de la Ley 57 de 1887, reformado por el artículo 49 de la Ley 153 del mismo año, y más si el numeral 30 del artículo 48 del CDU es un tipo disciplinario gravísimo de contenido contractual, lo que indica que, bajo esta óptica, son las inhabilidades especiales de contratación previstas en la Ley 80 las que determinan la viabilidad o no de suscribir este tipo de contratos, la que en relación a ex servidores, el literal a), numeral 2 de su artículo 8º, dispone:

“2o. Tampoco podrán participar en licitaciones (o) ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.”

De lo anterior se tiene, que si el ex servidor perteneció a estos niveles no puede suscribir contratos con el Instituto durante el primer año posterior a la fecha de retiro, pero quienes no ocuparon estos cargos no están cobijados por dicha prohibición. Lo contrario sería ir más allá de lo estrictamente reglado, recordando el contenido restrictivo en la interpretación del régimen Constitucional y Legal de las inhabilidades e incompatibilidades.

Por su parte el Consejo de Estado estableció que “la incompatibilidad comporta entonces una prohibición predicable del exservidor público quien por esa vinculación anterior queda imposibilitado para desempeñar ciertas actividades o adelantar gestiones ante la dependencia administrativa en la que prestó sus servicios, durante el año siguiente a su desvinculación. En este punto es necesario precisar el concepto de lo que debe entenderse por «dependencia administrativa». La Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, expide las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y

dictan otras disposiciones, no define expresamente el término «dependencia administrativa» pero del texto del artículo 54 ídem puede inferirse que se trata de las partes de la estructura de un organismo a fin de facilitar la división de los grupos de funciones. Cada dependencia debe tener funciones específicas. Podría decirse que el organismo es el todo y las «dependencias» son las partes”.

Ahora bien, el numeral 22 del artículo 35 del CDU describe una conducta grave o leve que se mantiene al margen de las anteriores consideraciones sin establecer inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, sino para realizar ciertas actividades como prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría que no necesariamente se pueden realizar a través de contratos estatales.

Veamos los siguientes escenarios:

Para aquellos ex servidores públicos de la entidad sin importar el nivel que ocuparon en la misma, que como particulares suscriban contratos de prestación de servicios profesionales con otro particular para prestar servicios de asistencia, representación o asesoría **ante** el IDU. En este caso no existe contrato estatal, pero según la sentencia C-893 de 2003, le es aplicable la inhabilidad contenida en el numeral 22 del artículo 35 del CDU, en el entendido que esta será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones y de un (1) año para los demás asuntos.

En relación a los ex servidores públicos de los órganos de vigilancia, inspección, control y regulación del IDU, tales como Contralorías, Personería, Procuraduría, Superintendencias, etc., tampoco podrán dentro del año siguiente a su retiro suscribir contratos, cuyo objeto sea prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría a la entidad que estuvo sujeta a dichos controles. Vencido dicho término podrá el ex servidor público suscribir el contrato con la entidad, salvo los contratos cuyo objeto se relacionen con los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones en el órgano de control.

El ex servidor del IDU que ejerció cargos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo. En este caso se presenta la inhabilidad contenida en el literal a), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, es decir, que dentro del primer año estas personas no podrán suscribir contratos con la entidad, pero pasado este periodo desaparece la inhabilidad, pues esta es de carácter temporal pudiendo en consecuencia suscribir y ejecutar el contrato sin importar su objeto.

El ex servidor público del IDU que no ejerció cargos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, evento en el cual no se encuentra contemplada inhabilidad alguna en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, y al estar excluida de dicha prohibición se podrá en consecuencia suscribir y ejecutar el contrato en cualquier tiempo, sin importar el objeto del mismo.

Por lo tanto, la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 **es un tema disciplinario** –inhabilidad e incompatibilidad- para quien pretende prestar, a título particular, un servicio de asistencia, representación o asesoría **ante** el organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, o a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado con anterioridad como servidor público, es decir, que hayan sido sujetos de control y vigilancia por parte de la entidad a la que perteneció, mas no una inhabilidad para quien aspira a contratar con una entidad estatal, pues se entiende que este actuará en pro de los intereses de la misma.

Adicionalmente, la prohibición de que trata la Ley 734 de 2002 en el numeral 22 de su artículo 35 es para servidores públicos, la cual se mantiene en el tiempo aun así este haya dejado el cargo, sin entrar a discutir lo relacionado con la inexistencia de sujeción especial de la persona con el Estado.

El alcance o una razonable interpretación es que la limitación va dirigida a quienes pretenden prestar asesoría o representación **ante** el organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios; y de otro lado, "...a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación..." de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado, condición que la Corte Constitucional impone claramente como complemento de la prohibición en la parte resolutive de su fallo.

5. CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, para esta Subdirección, suscribir un contrato estatal de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con un ex funcionario del Instituto que no perteneció a los niveles directivo, asesor o ejecutivo durante el año siguiente a la fecha de retiro, cuyo objeto sea prestar asistencia, asesoría o representar a dicha entidad, no estaría incurso en la inhabilidad establecida por el literal a), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, para efectos de la celebración de contratos estatales con el Instituto, en relación con las personas que desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo durante el año siguiente a la fecha de retiro, existe inhabilidad de conformidad con lo señalado en el literal a), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993”

1.1.3.- Aspectos comunes a las distintas modalidades de selección de contratistas- Licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y contratación directa:

El artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, modificó el numeral 2° del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

“La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismo contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a). La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b). La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Parágrafo: Adiciónese un Parágrafo 6° en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación co el concurso de méritos”.

Estos requisitos son comunes a los distintos procedimientos administrativos de selección de contratistas, y se aplican tanto a la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

El artículo 89 de la Ley 1474 de 2001, modificó el inciso 2 del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, estipulando en Ley de la República que “cuando lo estime conveniente la entidad

interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes del vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse addendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de éstas addendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales”.

a.- Los estudios y documentos previos, de que habla el artículo 3° del decreto 2474 de 2008-

b.-La convocatoria pública, a que se refiere el numeral 4° del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 4°. Convocatoria pública. En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8° del presente decreto, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos”.

El aviso de convocatoria pública tiene como finalidad, someter el futuro proceso de selección del contratista estatal al principio de publicidad, principio de concurrencia, igualdad y transparencia del proceso, en aras de darle la mayor publicidad posible, para asegurar el mayor número de oferentes posibles, en razón que la pluralidad de oferentes garantiza de mejor manera, la selección de la propuesta u oferta más favorable a los intereses y conveniencia pública de la administración.

Igualmente le permite a los futuros oferentes preparar su oferta con calidad, con los requisitos exigidos, y con la certeza jurídica de la existencia de un presupuesto oficial, el lugar del concurso y del retiro físico de los pliegos si lo desea, y el acceso a los estudios y diseños propios del proyecto a contratar.

c.- El contenido del acto administrativo de apertura del proceso de selección, de conformidad con el artículo 5° del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 5°. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Para la contratación directa se dará aplicación a lo señalado en el artículo 77 del decreto 2474 de 2008, es decir, el acto de convocatoria es remplazado por el acto de justificación del proceso de contratación directa.

El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

1. *El objeto de la contratación a realizar.* Determina el tipo de contrato a suscribir en relación a las actividades que constituyen el conjunto de obligaciones que se asumen para ejecutarlo, y del cual se obtiene su tipología.

2. *La modalidad de selección que corresponda a la contratación.*

Es supremamente importante motivar la modalidad de selección, ya que de conformidad con la ley debe tenerse precisión, sobre la modalidad de escogencia, es decir, si se trata de una licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos; pero definitivamente la que exige un plus de justificación es la contratación directa, de tal manera que el estudie evidencia que se hace por mandato de la ley, sin que haya lugar que los servidores públicos aprovechen esta modalidad para favorecer sujetos contractuales en particular, por razones distintas a la del buen

servicio público sometido a los principios constitucionales de la función administrativa.

3. *El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.* Si bien este cronograma inicial, en el transcurso del proceso se puede alterar por causas sobrevinientes y con la debida justificación, debe entenderse que la motivación debe estar determinada por razones de transparencia del proceso, de la garantía de la pluralidad de ofertas, concurrencia del proceso y de una adecuada y correcta escogencia de ofertas como una emanación del principio de selección objetiva.

4. *El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.* Esto da certeza jurídica del lugar físico donde se consultan pliegos y estudios y diseños y donde se radican o presentan las ofertas, se realizan las audiencias, se suscribe el contrato etc. Ello va en garantía del derecho a la igualdad.

5. *La convocatoria para las veedurías ciudadanas.* Se trata de vincular a la comunidad al proceso, a fin de que contribuyan con la administración pública a la realización de un proceso transparente desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico. Es el ejercicio de un derecho político definido en la constitución política como aquel en el que los ciudadanos tienen derecho a participar en la constitución, configuración y ejercicio del poder y a participar en aquellas instancias donde se tomen decisiones que los afecte.

6. *El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.* Cuando el contrato tiene financiación total pública, el proceso de selección debe ampararse con CDP, es decir certificado de disponibilidad presupuestal, pero si parte de la financiación es con

vigencias futuras, deberá acompañarse la apertura del proceso de selección con el correspondiente certificado o autorización para contratar con cargo a vigencias futuras, y en este caso el amparo presupuestal contaría con CDP, mas certificado de vigencias futuras. En los contratos de concesión, cuando hay financiación ciento por ciento privada no se requiere de disponibilidad presupuestal, por el contrario es el contratista-concesionario quien debe garantizar la financiación del proyecto, y es la operación que conocemos como cierre financiero, amparado créditos de entidades financieras etc.

Pero en las concesiones de financiación mixta, donde el Estado hace aportes públicos, el ente público concedente debe expedir el certificado de disponibilidad presupuestal previo, o si algún porcentaje lo hace con vigencia futura debe solicitar a la autoridad presupuestal la expedición del correspondiente certificado o autorización para comprometer vigencias fiscales futuras. Esta conducta se encuentra descrita en las faltas disciplinarias previstas en el artículo 48 del CDU, en armonía con el Estatuto Contractual como falta disciplinaria gravísima de orden contractual-presupuestal.

7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Parágrafo 1°. El proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles, señalado en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación del proceso. Este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que lo señale. El acto de suspensión del proceso debe ser suficientemente motivado por razones de transparencia y de los principios constitucionales de la función administrativa.

Parágrafo 2º. En el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la Entidad revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección”. Debe tenerse en cuenta que la circunstancia, hecho o conducta que de lugar a la revocatoria del proceso debe ser de tal Entidad, que de continuar el proceso se quebrantarían los principios constitucionales de la función administrativa, pero también se estaría poniendo en peligro el patrimonio público.

e.- El contenido mínimo de los pliegos de condiciones, conforme al artículo 6º del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 6º. Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

- 1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso. Esta información se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva. Se trata de la descripción detallada y particularizada del objeto del contrato para definir el alcance del futuro contrato y entregar a los interesados la mayor información posible del proceso.*

- 2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la*

adjudicación del contrato. En este caso se debe describir toda la fundamentación del proceso para que genere seguridad jurídica tanto en la comunidad como en los futuros oferentes.

3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso. Estas causas deben ser sustanciales y regladas, de tal manera que no haya lugar a equívocos y con fundamento en ellos se vulneren derechos de los oferentes, que se pueden ver restablecidos a través de acciones constitucionales, y de las mismas acciones contenciosas administrativas.

4.-Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo. Estos requisitos dan garantía de seguridad jurídica a los actores involucrados, en los precios y presupuestos del contrato, en la forma de pago para que los futuros contratistas analicen la caja de sus empresas y los flujos financieros del contrato.

5.-Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios. El proyecto de minuta se publica con la finalidad de que los oferentes puedan observar estipulaciones que puedan ser revisadas por la administración antes de suscribirlas, pues importante en la medida en que la administración si es advertida de una estipulación errónea, tiene la posibilidad de corregirla antes de proceder a suscribir el contrato. Así mismo, cumple el papel de informar al oferente las condiciones jurídicas del futuro negocio o contrato a celebrar en caso de que sea adjudicatario.

Parágrafo. No se requiere de pliego de condiciones cuando se seleccione al contratista bajo alguna de las causales de contratación directa y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía”.

f.- De la modificación al pliego de condiciones, conforme al artículo 7° del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 7°. Modificación del pliego de condiciones. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de addendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse addendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas”. Si bien las addendas se expiden en garantía de la transparencia del proceso y de la consistencia técnica del proyecto, no debe utilizarse la institución para favorecer en forma alguna a eventuales oferentes o sectores gremiales de alguna naturaleza.

Parágrafo 1°. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la addenda deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

Parágrafo 2°. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, cuando esta se realice con anterioridad a la apertura del proceso.

g.- De conformidad con el artículo 8° del decreto 2474 de 2008, se dispuso:

“Artículo 8°. Publicidad del procedimiento en el Secop. La entidad contratante será responsable de garantizar

la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:

- 1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.*
- 2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.*
- 3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.*
- 4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.*
- 5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.*
- 6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.*
- 7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.*
- 8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.*
- 9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.*
- 10. El acto administrativo de suspensión del proceso.*
- 11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.*

12. Las addendas a los pliegos de condiciones.

13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto.

14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto.

15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.

16. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.

17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.

18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del Secop, deberán reportar esta situación al Ministerio de Comunicaciones. El reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte.

En caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el Secop en el día en que deba realizarse la publicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 4° del presente decreto, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.

Parágrafo 1°. La no presentación del reporte o del plan de acción señalado en el presente artículo acarreará la violación de la presente norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario único.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la publicación que del contrato celebrado se haga en el Secop, deberán tenerse en cuenta las normas que regulan la publicación de los contratos en el Diario único de Contratación Pública, o en su defecto en la Gaceta Oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido.

Parágrafo 3°. La publicación electrónica de los actos y documentos a que se refiere el presente artículo deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.

Parágrafo 4°. La información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretenda abrir será remitida electrónicamente con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta remisión, el requisito de publicación se entenderá cumplido por parte de la entidad contratante. La publicación del boletín no es requisito para la apertura del proceso, ni conlleva la obligación de la entidad de dar curso al mismo. En todo caso, la entidad publicará con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio.

Parágrafo 5°. No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de enajenación de bienes del Estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6° del presente artículo, y de adquisición de productos de origen o

destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos. Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual.

Cuando se trate de la celebración de contratos en desarrollo de lo previsto en el literal b) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, sólo se publicará la información relacionada en los numerales 17 y 18 del presente artículo. En tratándose de la contratación directa señalada en el numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 77 del presente decreto cuando el mismo se requiera, así como la información señalada en los numerales 17 y 18 del presente artículo.

Parágrafo 6°. La Dirección Nacional de Estupeficientes será responsable de garantizar la publicidad a través del Secop y de su página web del acto de apertura del proceso de selección de promotores para la enajenación de bienes, el aviso de invitación, los pliegos de condiciones, las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas, las addendas al pliego de condiciones, el informe de evaluación, el acto de selección, el acto de declaratoria de desierta, el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral”.

h.-De la publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivos, de conformidad con el artículo 9 del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 9°. Publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo. La entidad estatal publicará el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo de conformidad con el artículo anterior. Esta publicación aplica para las modalidades de selección de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada.

El proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura, en el caso de la licitación y concurso de méritos con propuesta técnica detallada (PTD), y con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la misma fecha, en la selección abreviada y concurso de méritos con propuesta técnica simplificada (PTS). La publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro de los términos previstos en el inciso anterior, según sea el caso. El pliego de condiciones definitivo podrá incluir los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimen relevantes. En todo caso, la aceptación o rechazo de tales observaciones se hará de manera motivada, para lo cual la entidad agrupará aquellas de naturaleza común².

I.- De las reglas de subsanabilidad, de conformidad con el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, así:

“Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial

sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, , sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

Tengase en cuenta que si bien el pliego señala, qué es subsanable y que no, existen circunstancias en las que se presentan hechos que no fueron regulados en el pliego, y en estos casos debe resolverse por la **regla esencial de subsanabilidad** que consiste en que debe admitirse la subsanabilidad de errores o inconsistencias no sustanciales a la oferta y a las reglas de escogencias, es decir, aquellas que no implican una mejora de la oferta y de las condiciones de igualdad de participación con la competencia.

Si bien la administración tiene la facultad de regular en el pliego la forma en que debe subsanarse, esto es, la oportunidad, es sugerible que la administración señale un término para que subsane en aquellos casos en donde proceda, so pena de rechazo, pues si no se regula, se corre el riesgo que los oferentes subsanen en cualquier tiempo incluyendo hasta el momento de la audiencia de adjudicación y ello podría prestarse para que los oferentes concierten los subsanes entre sí, en perjuicio de la transparencia del proceso, luego de ser así las adjudicaciones no estarían en manos de la administración sino de los oferentes.

1.2.-Las faltas disciplinarias en las distintas modalidades de selección abreviada.

La selección abreviada, es un procedimiento administrativo precontractual, cuya finalidad es la de seleccionar el contratista estatal, por causales expresamente prevista en la Ley de manera simplificada, a través de un proceso de selección para adquirir bienes y servicios que por su naturaleza y alcance de su objeto, no requieren de mayor complejidad; sino que por el contrario es susceptible de estructurar, aperturar y seleccionar de manera ágil y conforme al principio de economía se le permite a la administración adquirir el bien y servicio en oportunidad.

De allí, que la ley dispone en razón al objeto, alcance y las características del bien o servicio que se pretende adquirir, distintos procedimientos de selección abreviada, de manera que los procedimientos, términos, actuaciones no son común a todos, sino que se aplican solo en los casos donde dado el carácter del bien o servicio a adquirir se necesita; veamos:

1.2.1.- La selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Artículo 16 y siguientes del decreto 2474 de 2008.

Esta modalidad de selección abreviada, está prevista, determinada para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, entendiendo por ellos aquellos que la administración utiliza de ordinario para el cumplimiento de su funcionamiento administrativo y su objeto misional, es decir, para el desarrollo de su objeto social; en este sentido el decreto 2474 de 2008, dispone:

“Adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización

Artículo 16. Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Por bienes y servicios de común utilización entiéndanse aquellos requeridos por las entidades y ofrecidos en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

Parágrafo 1°. No se consideran de características técnicas uniformes y de común utilización las obras públicas y los servicios intelectuales.

Parágrafo 2°. Para efecto de lo previsto en el presente artículo, por diseño o características descriptivas debe entenderse el conjunto de notas distintivas que simplemente determinan la apariencia del bien o que resultan accidentales a la prestación del servicio, pero que no inciden en la capacidad del bien o servicio para satisfacer las necesidades de la entidad adquirente, en la medida en que no alteran sus ventajas funcionales.

Parágrafo 3°. No se individualizarán los bienes o servicios de carácter homogéneo mediante el uso de marcas, salvo que la satisfacción de la necesidad de que se trate así lo exija, circunstancia esta que deberá acreditarse en los estudios previos elaborados por la entidad, sin que la justificación pueda basarse en consideraciones puramente subjetivas.

Artículo 17. Procedimientos para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin consideración a la cuantía del contrato a realizar, si el bien o servicio requerido por la entidad es de características técnicas uniformes y de común utilización deberá hacerse uso de procedimientos de subasta inversa, compra por acuerdo marco de precios o adquisición a través de bolsas de productos.

Parágrafo. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3576 de 2009. Cuando en relación con los bienes y servicios a que se refiere el presente artículo, el valor del respectivo contrato no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá optar por adquirirlos en los términos del artículo 46 del presente decreto, haciendo uso del procedimiento allí señalado.

Parágrafo transitorio. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación no podrán hacer uso de los acuerdos marco de precios para la adquisición de este tipo de bienes y servicios, hasta que no se asignen las responsabilidades a que se refiere el inciso 4° del párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y se expida la reglamentación correspondiente.

SUBSECCION I

Subasta inversa

Artículo 18. Definición de subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Una subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones.

Artículo 19. Aplicación de la subasta inversa en la contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. En las subastas inversas para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, se tendrá como único criterio de evaluación el precio. En caso de que estos bienes o servicios estén sometidos a situaciones de control de precios mínimos, la entidad deberá valorar la factibilidad de llevar a cabo una subasta inversa, o aplicar la modalidad de selección que corresponda.

Las subastas podrán tener lugar por ítems o por lotes, entendidos estos como un conjunto de bienes agrupados con el fin de ser adquiridos como un todo, cuya naturaleza individual corresponde a la de aquellos de características técnicas uniformes y de común utilización. El resultado de la subasta se presentará a consideración del comité a que se refiere el párrafo 2° del artículo 12 del presente decreto, a efecto de que el mismo formule la recomendación pertinente a quien corresponda.

Parágrafo. La entidad estatal podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta, para participar en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios a los que se refiere el presente artículo. Si el proponente, sin justa causa, se abstuviere de suscribir el contrato adjudicado quedará inhabilitado para contratar con el Estado por un término de cinco (5) años, de conformidad con el literal e) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Artículo 20. Estudios previos para la subasta inversa. Como parte del contenido de los estudios y documentos previos señalados en el artículo 3° del presente decreto, cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, tendrá una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad.

Las fichas técnicas deberán contener, como mínimo:

- a) Denominación de bien o servicio;*
- b) Denominación técnica del bien o servicio;*
- c) Unidad de medida;*
- d) Descripción general.*

Parágrafo. El Secop mantendrá un registro con las fichas técnicas a que se refiere el presente artículo.

Artículo 21. Contenido de la propuesta inicial. En el momento señalado en el pliego de condiciones, los proponentes presentarán una propuesta completa, incluyendo la información sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes y una propuesta inicial de precio, la cual sólo será abierta al momento de inicio de la puja. En caso de que el proponente no haga nuevas posturas de precio durante el certamen, dicho precio inicial se considerará su propuesta

final.

Artículo 22. Verificación de los requisitos habilitantes. Para que una subasta pueda llevarse a cabo en los términos de este decreto deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos (2) proponentes.

El resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará de conformidad con lo señalado en el artículo 8° del presente decreto. En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, so pena del rechazo definitivo de sus propuestas. Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones.

Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto.

Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.

Parágrafo. Durante la prórroga a que hace referencia el tercer inciso del presente artículo, cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo.

Artículo 23. Modalidades de subasta inversa. La subasta inversa podrá tener una de las siguientes modalidades:

- a) Subasta inversa electrónica, caso en el cual la misma tendrá lugar en línea a través del uso de recursos tecnológicos;*
- b) Subasta inversa presencial, caso en el cual los lances de presentación de las propuestas durante esta se harán con la presencia física de los proponentes y por escrito.*

Parágrafo 1°. En desarrollo de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización a través de subastas inversas, las entidades usarán la modalidad electrónica, salvo que la entidad certifique que no cuentan con la infraestructura tecnológica para ello, caso en el cual podrán llevar a cabo los procedimientos de subasta de manera presencial, sin perjuicio de las verificaciones que al respecto efectúe el Ministerio de Comunicaciones.

Parágrafo 2°. Para el desarrollo de las subastas electrónicas inversas las entidades podrán utilizar la plataforma tecnológica que ponga en funcionamiento el Secop o contratar con terceros su realización, de no contar con una propia, que en todo caso deberá garantizar la autenticidad y la integridad de los mensajes de datos. En los dos últimos casos la solución deberá generar reportes sobre el desarrollo del certamen en los formatos y parámetros tecnológicos señalados por el administrador del Secop, así como realizar en este último la totalidad de las publicaciones a que se refiere la presente subsección.

Artículo 24. Márgenes mínimos de mejora de ofertas. Los pliegos de condiciones determinarán márgenes mínimos de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables.

En la subasta presencial sólo serán válidos los lances que, observando el margen mínimo mejoren el precio de arranque o el menor lance de la ronda anterior según el caso. En la subasta electrónica, los lances serán válidos si superan el margen mínimo de mejora en relación con el precio de arranque o el último lance válido ocurrido durante la subasta, según sea el caso.

Artículo 25. Procedimiento de subasta inversa presencial. Antes de iniciar la subasta, a los proponentes se les distribuirán sobres y formularios para la presentación de sus lances. En dichos formularios se deberá consignar únicamente el precio ofertado por el proponente o la expresión clara e inequívoca de que no se hará ningún lance de mejora de precios.

La subasta inversa presencial se desarrollará en audiencia pública bajo las siguientes reglas:

- a) La entidad abrirá los sobres con las ofertas iniciales de precio y comunicará a los participantes en la audiencia, únicamente, cuál*

fue la menor de ellas;

b) La entidad otorgará a los proponentes un término común señalado en los pliegos de condiciones para hacer un lance que mejore la menor de las ofertas iniciales de precio a que se refiere el literal anterior;

c) Los proponentes harán sus lances utilizando los sobres y los formularios suministrados;

d) Un funcionario de la entidad recogerá los sobres cerrados de todos los participantes;

e) La entidad registrará los lances válidos y los ordenará descendentemente. Con base en este orden, dará a conocer únicamente el menor precio ofertado;

f) Los proponentes que no presentaron un lance válido no podrán seguir presentándolos durante la subasta;

g) La entidad repetirá el procedimiento descrito en los anteriores literales, en tantas rondas como sea necesario, hasta que no se reciba ningún lance que mejore el menor precio ofertado en la ronda anterior;

h) Una vez adjudicado el contrato, la entidad hará público el resultado del certamen incluyendo la identidad de los proponentes.

Parágrafo. En caso de existir empate se adjudicará el contrato al que presentó la menor propuesta inicial. De persistir el empate, se desempatará por medio de sorteo.

Artículo 26. Autenticidad e integridad de los mensajes de datos en el curso de una subasta electrónica. En las subastas inversas electrónicas se deberá garantizar y otorgar plena seguridad sobre el origen e identidad del emisor del mensaje de datos y sobre su integridad y contenido, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y según lo señalado en el pliego de condiciones.

Artículo 27. Procedimiento de la subasta inversa electrónica. La subasta dará inicio en la fecha y hora señalada en los pliegos de condiciones, previa autorización de la entidad para la cual se utilizarán los mecanismos de seguridad definidos en los pliegos de condiciones para el intercambio de mensaje de datos.

El precio de arranque de la subasta inversa electrónica será el menor de las propuestas iniciales de precio a que se refiere el artículo 21 del presente decreto.

Los proponentes que resultaren habilitados para participar en la subasta presentarán sus lances de precio electrónicamente, usando para el efecto las herramientas y medios tecnológicos y de seguridad definidos en los pliegos de condiciones.

Si en el curso de una subasta dos (2) o más proponentes presentan una postura del mismo valor, se registrará únicamente la que haya sido enviada cronológicamente en primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999.

Adjudicado el contrato la entidad hará público el desarrollo y resultado de la subasta incluyendo la identidad de los proponentes.

Para la suscripción del contrato por medios electrónicos, el representante legal o apoderado del proponente ganador podrá firmar el contrato y sus anexos y los enviará al Secop y a la entidad, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en los pliegos de condiciones. En este caso, la remisión del contrato firmado electrónicamente se hará al correo electrónico que la entidad haya señalado en los pliegos de condiciones.

Parágrafo. La entidad deberá asegurar que el registro de los lances válidos de precios se produzca automáticamente sin que haya lugar a una intervención directa de su parte.

Conforme avanza la subasta el proponente será informado por parte del Sistema o del operador tecnológico que brinda servicios de subasta, únicamente de la recepción de su lance y de la confirmación de su valor, así como del orden en que se ubica su propuesta, sin perjuicio de la confidencialidad que se mantendrá sobre la identidad de los proponentes. En ningún caso se hará público el valor de las ofertas durante el desarrollo de la subasta.

Artículo 28. Fallas técnicas ocurridas durante la subasta inversa electrónica. Si en el curso de una subasta electrónica inversa se presentaren fallas técnicas imputables al Secop, a la entidad o a la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, que impidan que los proponentes envíen sus propuestas, la subasta será cancelada y deberá reiniciarse el proceso. Sin embargo, la subasta deberá continuar si la entidad pierde conexión con el Secop o con la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, siempre que los proponentes puedan seguir enviando sus propuestas normalmente.

Si por causas imputables al proponente o a su proveedor de servicio de Internet, aquel pierde conexión con el Secop o con el operador tecnológico de la subasta, no se cancelará la subasta y se entenderá que el proveedor desconectado ha desistido de participar en la misma, salvo que logre volver a conectarse antes de la terminación del evento.

Parágrafo. La entidad deberá contar con al menos una línea telefónica abierta de disponibilidad exclusiva para el certamen que prestará auxilio técnico a lo largo de la subasta para informar a los proponentes sobre aspectos relacionados con el curso de la misma.”

1.2.2.- La selección abreviada para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsa de productos.

El artículo 29 y siguientes del decreto 2474 de 2008 establece el procedimiento de contratación a través de esta modalidad de selección abreviada a saber:

“Bolsas de productos

Artículo 29. Régimen aplicable. En lo no previsto por la presente subsección, el régimen aplicable para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos, será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de estas. En este sentido, la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de las operaciones que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de estas bolsas, se regirán por tales disposiciones.

Artículo 30. Listado de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Las bolsas de productos deberán estandarizar, tipificar, elaborar y actualizar un listado de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización susceptibles de adquisición por cuenta de entidades estatales, de tal manera que sólo aquellos que se encuentren dentro de tal listado podrán ser adquiridos a través de la bolsa de que se trate.

Este listado actualizado de bienes y servicios deberá mantenerse a disposición de las entidades estatales y del público en general en las oficinas de las bolsas y permanecer publicado en la correspondiente página web, sin perjuicio de cualquier otro medio de divulgación que se utilice para su adecuado y oportuno conocimiento por parte de los interesados.

Parágrafo. Las bolsas de productos podrán establecer modelos estandarizados para los diferentes documentos requeridos para las negociaciones que a través suyo realicen las entidades estatales.

Artículo 31. Estudios previos para la adquisición en bolsa de productos. En adición al contenido de los elementos mínimos establecidos para los estudios y documentos previos en el artículo 3° del presente decreto, los que elabore la entidad estatal que desee adquirir bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de bolsas de productos, contendrán lo siguiente:

- 1. El precio máximo de la comisión que la entidad estatal pagará al comisionista que por cuenta de ella adquirirá los bienes y/o servicios a través de bolsa.*
- 2. El precio máximo de compra de los bienes y/o servicios a adquirir a través de la bolsa.*

Artículo 32. Disponibilidad presupuestal. Con el propósito de determinar el valor de los correspondientes certificados de disponibilidad presupuestal, las entidades deberán tener en cuenta además del valor del contrato de comisión, el de la operación que por cuenta suya celebrará el comisionista a través de la bolsa, así como todo pago que deba hacerse por causa o con ocasión de aquella, incluyendo las garantías y demás pagos establecidos en el reglamento de la bolsa en donde se vaya a realizar la negociación.

Parágrafo. No se podrá celebrar el respectivo contrato de comisión sin la acreditación por parte de la entidad estatal comitente de la existencia de las disponibilidades presupuestales que amparen los valores señalados en el presente artículo.

Artículo 33. Inscripción en el SICE y registro de precios en el RUPR. Los comisionistas de bolsas de productos que deseen actuar como tales por cuenta de entidades estatales, deberán registrarse previamente en el SICE, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 15 del Decreto 3512 de 2003. Así mismo, deberán registrar en el RUPR el valor estimado de la comisión que cobrarán por sus servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 598 de 2000 y el literal b) del artículo 15 del Decreto 3512 de 2003.

Los comitentes vendedores y sus comisionistas en operaciones que se realicen por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos, no estarán obligados a registrarse en el SICE.

Artículo 34. Requisitos para actuar como comisionista de entidades estatales. Las entidades estatales podrán exigir a los comisionistas interesados en participar en el procedimiento de selección, a través de las bolsas de productos, el cumplimiento de requisitos habilitantes adicionales a su condición de tales, siempre y cuando estos sean adecuados y proporcionales al objeto a contratar y a su valor.

Las bolsas de productos podrán exigir a sus miembros comisionistas el cumplimiento de requisitos habilitantes para actuar como comisionistas compradores y/o vendedores, en tratándose de negociaciones por cuenta de entidades estatales.

Artículo 35. La selección objetiva de comisionistas. La selección objetiva de los comisionistas de entidades estatales, previa solicitud a la bolsa formulada por la entidad de que se trate, se realizará en la rueda de negocios de la bolsa correspondiente, mediante un procedimiento competitivo basado en el precio, realizado de conformidad con los reglamentos internos de la bolsa.

Parágrafo 1°. Las normas y procedimientos aplicables a la selección de los comisionistas serán únicamente los contenidos en la presente subsección y en la reglamentación que las bolsas expidan en su desarrollo.

Parágrafo 2°. La seriedad de las posturas presentadas durante el proceso de selección de comisionistas será respaldada en la forma como las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos y los reglamentos de estas dispongan para el efecto.

Parágrafo 3°. Para la publicación en el Diario Unico de Contratación Pública de los contratos de comisión que celebren las entidades estatales para hacer uso, a través de bolsas de productos legalmente constituidas, de las causales de selección abreviada establecidas en los literales a) y f) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la tarifa aplicable se tomará con base en el valor de la comisión que la entidad estatal pagará a su comisionista.

Artículo 36. Obligaciones de los comisionistas de entidades estatales. Las entidades estatales no podrán exigir a sus comisionistas el cumplimiento de obligaciones diferentes a las propias del contrato de comisión.

Artículo 37. Garantía única a favor de la entidad estatal. Como requisito para la ejecución del contrato de comisión, el

comisionista seleccionado deberá constituir a favor de la entidad estatal comitente la garantía única de cumplimiento de conformidad con el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 y las normas que lo reglamenten, en relación con el valor de la comisión que se pagará al comisionista por sus servicios.

Artículo 38. Garantía de cumplimiento por parte de la entidad estatal. La entidad estatal comitente deberá constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos de que se trate, garantía idónea para asegurar el cumplimiento de la negociación realizada.

Dichas garantías podrán constituirse mediante póliza de seguros, depósitos en efectivo, fiducia en garantía y/o títulos valores de alta liquidez endosados en propiedad al organismo de compensación de la bolsa de que se trate. En todo caso, durante la vigencia de las operaciones, el organismo de compensación podrá exigir garantías adicionales con el fin de mantener la idoneidad de la misma, de conformidad con las reglas que regulan las bolsas de productos.

Parágrafo 1°. Al momento de pago, las garantías líquidas con sus rendimientos, podrán aplicarse al mismo. En todo caso los rendimientos, si los hubiere, pertenecerán a la entidad estatal.

Parágrafo 2°. El certificado de disponibilidad presupuestal aportado por la entidad para respaldar la operación no se considerará como garantía.

Artículo 39. Garantías a cargo del comitente vendedor. El comitente vendedor de la entidad estatal deberá constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de que se trate, las garantías establecidas en sus reglamentos para garantizar el cumplimiento de las negociaciones mediante las cuales la entidad estatal adquiere bienes y/o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

Parágrafo. Las entidades estatales podrán exigir al comitente vendedor la constitución de garantías a su favor, adicionales a las señaladas en el presente artículo, siempre y cuando resulten adecuadas y proporcionales al objeto a contratar y a su valor.

Artículo 40. Procedimiento de negociación. En la negociación por cuenta de entidades estatales en bolsas de productos el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio.

La negociación podrá realizarse de manera presencial o electrónica, en los términos y condiciones que las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos o los reglamentos de estas dispongan para el efecto.

Artículo 41. Ruedas de negociación convocadas por las bolsas. Las bolsas de productos a iniciativa propia, podrán organizar ruedas de negociación para la adquisición de productos de características técnicas uniformes y de común utilización e invitar a participar, mediante avisos en medios de comunicación de amplia circulación, a los proveedores y a las entidades estatales interesadas.

En tal caso, en los avisos se indicarán los productos que se podrán adquirir y la fecha en que se llevará a cabo la rueda de negociación, indicando además el procedimiento y requisitos que deberán cumplir las entidades estatales y los vendedores para poder participar.

Una vez recibidas las solicitudes de parte de las entidades estatales, y agotado el plazo que se haya señalado en el aviso para el efecto, la bolsa procederá a convocar a una rueda de selección objetiva de comisionistas, de conformidad con el artículo 35 del presente decreto.

Artículo 42. Supervisión e interventoría del cumplimiento de la operación. Las entidades estatales podrán adelantar supervisión e interventoría sobre la ejecución de las operaciones que por su cuenta se realicen en las bolsas de productos. En el evento en el cual la entidad estatal verifique inconsistencias en la ejecución, procederá a poner en conocimiento de la bolsa tal situación con el propósito de que la misma la examine y adopte las medidas necesarias para dirimir la controversia de conformidad con sus reglamentos y, de ser el caso, notifique del incumplimiento a su organismo de compensación.

Artículo 43. Registro de precios y contratos en el SICE. Las bolsas de productos deben registrar en el portal del SICE, a más

tardar dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, tanto los contratos de comisión, como las operaciones que por cuenta de entidades estatales se hayan realizado en el mes inmediatamente anterior de conformidad con las normas precedentes. Así mismo, se registrarán los precios de intención de venta que se hayan presentado durante las negociaciones, que hayan conducido a cada una de las operaciones”.

1.2.3.-La selección abreviada para la contratación de menor cuantía : Regulado por los decretos 3576 del 17 de septiembre de 2009, que modifica parcialmente los decretos 2474 de 2008 y 2025 de 2009, así:

El Decreto 2025 de 2009, Artículo 9. Procedimiento de selección abreviada de menor cuantía

Sin perjuicio de las reglas generales aplicables a las modalidades de selección señaladas en el Decreto 2474 de 2008, el procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía será el siguiente:

- 1. La convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo se surtirá de conformidad con las reglas previstas en el Decreto 2474 de 2008.*
- 2. El pliego de condiciones señalará el término para presentar propuestas, de acuerdo con la naturaleza y el objeto a contratar.*
- 3. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al acto de apertura del proceso, los posibles oferentes interesados en participar manifestarán su interés, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.*

La manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar directamente a cada interesado sobre la fecha y hora de la audiencia pública de sorteo, en caso que la misma tenga lugar.

La manifestación de interés en participar es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta.

En caso de no presentarse manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará desierto el proceso.

- 4. En caso que el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad podrá dar paso al sorteo de consolidación de oferentes de que trata el artículo 45 del Decreto 2474 de 2008, para escoger entre ellos un número no inferior a este que podrá presentar oferta en el proceso de selección.*

Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.

5. Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad procederá a su evaluación en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones.

El término de evaluación de las propuestas no podrá ser mayor que el plazo señalado para la presentación de las mismas, salvo que mediante acto administrativo motivado, la entidad lo extienda hasta por un término igual al inicialmente previsto.

6. El resultado de la evaluación se publicará en el SECOP durante tres (3) días hábiles, término durante el cual los oferentes podrán presentar observaciones a la misma, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

7. Vencido el término anterior, la entidad, dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones para el efecto adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008. Mediante acto administrativo motivado la entidad podrá extender por una sola vez el plazo previsto hasta por un término equivalente a la mitad del inicialmente establecido.

El acto de adjudicación se deberá publicar en el SECOP con el fin de enterar de su contenido a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección. Hará parte de su contenido la respuesta que la entidad dé a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación.

Parágrafo 1. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 3576 de 2009. La entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008.

Parágrafo 2. En caso de declararse desierto el proceso de selección abreviada de menor cuantía regulado en el presente artículo, la entidad podrá iniciarlo de nuevo, prescindiendo de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. De ser necesario se modificarán los elementos de la futura contratación que hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto.

1.2.4.- La selección abreviada para la contratación de la prestación de los servicios de salud. Decreto 2025 de 2009.

Artículo 47. De los contratos de prestación de servicios de salud.

Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía. En todo caso las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990.

Este procedimiento se utiliza para cuando las entidades a las que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, requiere contratar para sus servidores públicos, afiliados y/o beneficiarios el suministro de servicios de salud generales o especializados, con las instituciones autorizadas para ello, ya sea Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud-IPS o Empresas Sociales del Estado-ESE-, ya sea de primer a cuarto nivel de atención en salud.

1.2.5.-Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación, Decreto 3576 de 2009.

“Artículo 3°. Modifíquese el artículo [48](#) del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

"Artículo 48. Selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación. En los casos de declaratoria de desierta de la licitación, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de licitación, podrá iniciar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta un proceso de selección abreviada, aplicando las reglas señaladas para el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. No se aplicará lo relacionado con la manifestación de interés ni con el sorteo de consolidación de oferentes a que se refieren los numerales 3 y 4 del artículo 9° del Decreto 2025 de 2009.

La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación".

Debe tenerse en cuenta que la regla general es la licitación pública, luego si fue declarada desierta se presentan los siguientes escenarios: Si bien la norma autoriza a que en estos casos cuando preceda una declaración de desierta se pueda dentro de los cuatro meses siguientes a

ordenar la apertura de un procedimiento de selección abreviada, no obsta para que la administración si a bien lo tiene, vuelva a ordenar la apertura de otra licitación pública inmediatamente.

Pero si estima por razones de economía en el tiempo que dispone para iniciar la ejecución del proyecto, puede válidamente por autorización del reglamento, ordenar la apertura de una selección abreviada, conforme a las reglas de la menor cuantía, dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto que declaró desierta la licitación pública. Vencido los cuatro meses de marras, a la administración no le queda alternativa diferente a volver a ordenar la apertura de una nueva licitación pública. En uno y otro caso, la administración puede revisar los pliegos, ajustar estudios, y hacer los correctivos necesarios, y mas si ellos fueron los que dieron lugar a la declaración de desierta. Tales ajustes no hacen relación a la desnaturalización del proyecto, porque este debe ser en esencia el mismo, se trata de ajustar aquellas condiciones que no afectan esencialmente al proyecto, ni a la conveniencia e intereses públicos y de la administración, pero que si impidieron que se presentaran oferentes en el proceso, o que ninguno de los que se presentaron se ajustaran a los términos exigidos en el pliego de condiciones, ya sea jurídicos, técnicos o financieros, sobre todo si son externalidades al proceso de contratación.

1.2.6.- Selección abreviada para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios. Decreto 2474 de 2008, así:

Artículo 49. *Régimen aplicable.* En todo lo no previsto en la presente sección, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria a través de bolsas de productos se regirá por lo dispuesto en los artículos 29 a 43 del presente decreto relativo a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de bolsas de productos.

En lo no previsto allí, el régimen aplicable a esta causal de selección abreviada será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos agropecuarios y agroindustriales y en los reglamentos de estas.

Artículo 50. *Productos de origen o destinación agropecuaria.*

A efecto de hacer uso de la causal de selección abreviada contenida en el literal f) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, se consideran productos de origen agropecuario, los bienes y servicios de carácter homogéneo provenientes de recursos agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros, que no hayan sufrido procesos ulteriores que modifiquen sustancialmente sus características físicas y/o, químicas, o que, no obstante haberlos sufrido, conservan su homogeneidad así como aquellos cuya finalidad es la de ser utilizados en las actividades propias del sector agropecuario. También se consideran productos de origen o destinación agropecuaria los documentos representativos de los mismos.

Se entiende que son productos homogéneos aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor y que tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por especificaciones usuales del mercado, de tal manera que el único factor diferenciador entre

ellos lo constituye el precio por el cual se transan.

Parágrafo 1º. Las bolsas, conforme a sus reglamentos, podrán diseñar y expedir certificados no circulables, representativos de los productos de origen o destinación agropecuaria que se adquieran por las entidades estatales a través de aquellas.

Parágrafo 2º. Para los efectos del presente decreto, se entienden como operaciones sobre productos de origen o destinación agropecuaria, únicamente aquellas que tengan como propósito el aprovisionamiento de la entidad estatal comitente.

1.2.7.- Selección abreviada para los actos y contratos con objeto directo de las actividades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las sociedades de Economía Mixta, artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, así:

El artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, modificó el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, regulando lo siguiente:

“Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas de participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional, internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.

1.2.8.- Selección abreviada para los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de derechos humanos y población de alto grado de exclusión, Decreto 2025 de 2009.

Debe tenerse en cuenta, que las Entidades públicas que administran recursos públicos para atender programas de protección de personas amenazadas, desmovilizadas, desplazadas, protección de derechos humanos, población con alto grado de exclusión y personas reincorporadas a la vida civil, deben ejecutar recursos conforme a las reglas aquí previstas con sujeción a los principios constitucionales de la función administrativa, debe observarse que dada la responsabilidad que asume el Ente público encargado, tal como la Fiscalía General de la Nación entre otras, si bien no existe en Colombia actuaciones administrativas ocultas y sin sujeción al principio de publicidad, debe tenerse en cuenta que estas entidades deben tomar todas las medidas necesarias a fin de cumplir con su obligación de protección a la población destinataria de sus políticas públicas, de allí que sin vulnerar el núcleo esencial de los principios constitucionales que informan la función administrativa, así como las reglas previstas en esta

norma, debe garantizar que el procedimiento aquí previsto tiene como finalidad no solo el suministro de los bienes y servicios requeridos para los programas de protección, sino también debe considerar que la eficacia y eficiencia no solo está dada por la adopción del procedimiento, sino también por la garantía de la seguridad de la persona destinataria de los bienes y servicios que se pretende adquirir.

“Artículo 5. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 52. Procedimiento de contratación Los contratos a los que se refiere el literal b) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad estatal competente observando el siguiente procedimiento:

- a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.*
- b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.*
- c. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección”.*

1.2.9.-Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. Decreto 2474 de 2008.

La Presidencia de la República, las entidades del Sector Defensa, El Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, La Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil, y el Consejo Superior de la Judicatura, por disposición de la Ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 2474 de 2008; deben adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, salvo en los casos en donde el Ente público sea las entidades del sector defensa

y el DAS, y se requiera adquirir los bienes y servicios bajo reserva, evento en el cual se podrá hacer mediante el procedimiento de contratación directa.

Las entidades públicas distintas a las arriba indicadas, pueden adquirir bienes y servicios para la defensa y seguridad siempre que, que cuenten con el concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, pues es evidente que siendo Colombia un Estado Unitario y Presidencial, en donde el Presidente de la República es el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y por ende Supremo Director del orden público, es importante y esencial que se requiera consultar la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad con el aval previo antes indicado.

“Artículo 53. Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. Para los efectos previstos en el literal i) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, en las siguientes categorías:

- 1. Material blindado o adquisición de vehículos para blindar.*
- 2. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.*
- 3. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.*
- 4. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.*
- 5. Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás.*
- 6. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como para la realización de las elecciones.*
- 7. La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.*
- 8. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la Fuerza Pública.*

9. Medicamentos e insumos médicos-quirúrgicos de estrecho margen terapéutico, para enfermedades de alto costo.

10. La prestación de servicios médicos asistenciales y prioritarios para enfermedades de alto costo.

11. Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de las fuerzas militares.

12. El diseño, adquisición, construcción, adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley.

13. Los bienes y servicios que sean adquiridos con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.

14. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativos de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

15. Adquisición de vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistemas de comunicaciones, equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

16. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorias necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

17. Bienes y servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad (SIES) y sus Subsistemas.

18. Los contratos a que se refiere el artículo 79 del presente decreto, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura.

19. Adicionado por el Decreto Nacional 127 de 2009

Parágrafo 1°. Adicionado por el Decreto Nacional 127 de 2009. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 45 del presente decreto.

Cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán adquirirse mediante los procedimientos descritos en la Sección I del Capítulo II del presente decreto. En este caso se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con Norma Técnica Militar o Especificaciones Técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la Entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

NOTA: Los efectos del Artículo 2° del Decreto Nacional 127 de 2009, que adicionó el presente parágrafo, fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 2°. La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente por parte de cualquiera de las entidades a las que hace referencia el presente artículo cuando por razones de seguridad nacional esta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad. Los efectos del Parágrafo 2° fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 3°. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas

en el inciso 1° del presente artículo, cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional arriba descritos y los señalados en el artículo 79 del presente decreto, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada. Los efectos del Parágrafo 3° fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 4°. El Instituto Nacional de Vías podrá contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa.

Parágrafo 1° del artículo 53 del decreto 2474 de 2008. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 45 del presente decreto.

Cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán adquirirse mediante los procedimientos descritos en la Sección I del Capítulo II del presente decreto. En este caso se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con Norma Técnica Militar o Especificaciones Técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la Entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

NOTA: Los efectos del Artículo 2° del Decreto Nacional 127 de 2009, que adicionó el presente parágrafo, fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 2°. La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente por parte de cualquiera de las entidades a las que hace referencia el presente artículo cuando por razones de seguridad nacional esta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad. Los efectos del Parágrafo 2° fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 3°. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas en el inciso 1° del presente artículo, cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional arriba descritos y los señalados en el artículo 79 del presente decreto, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada. Los efectos del Parágrafo 3° fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 21 de octubre de 2009, Rad. 2009-00043-00 (36805).

Parágrafo 4°. El Instituto Nacional de Vías podrá contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa.

1.2.3 Las faltas disciplinarias en el concurso de méritos, artículo 54 a 76 del decreto 2474 de 2008, así:

Debe tenerse en cuenta que, el concurso de méritos, es el procedimiento de selección de contratistas en virtud del cual la administración contrata los servicios intelectuales, profesionales y de prestación de servicios, regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

como contratos de consultoría.

Estos contratos según el numeral segundo del mencionado artículo, son aquellos *“que celebran las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

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

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.

En este orden de ideas, los contratos de consultoría en principio tienen su propio procedimiento para la selección de los contratistas consultores, así:

"Del concurso de méritos, SECCION I, Normas generales aplicables al concurso de méritos:

Artículo 54. *Procedencia del concurso de méritos.* A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. En este último caso será posible surtir la precalificación mediante la conformación de una lista corta o mediante el uso de una lista multiusos. En la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados.

En ningún caso se tendrá el precio como factor de escogencia o selección.

Cuando del objeto de la consultoría a contratarse se desprenda la necesidad de adquirir bienes y servicios accesorios a la misma, la selección se hará con base en el procedimiento señalado en el presente capítulo, sin perjuicio de la evaluación que la entidad realice de las condiciones de calidad y precio de aquellos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 12 del presente decreto.

Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de

conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.

Parágrafo. Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Artículo 55. *Tipos de propuesta técnica.* Para la selección de consultores o de proyectos, la entidad definirá en el pliego de condiciones el tipo de propuesta técnica que se le solicitará a los posibles proponentes según se define en el presente artículo.

Cuando la entidad suministre en los requerimientos técnicos la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y cargas de trabajo para la misma, se exigirá la presentación de una Propuesta Técnica Simplificada (PTS). En estos casos procede la selección por el sistema de concurso abierto, o mediante el de precalificación con lista corta o lista multiusos.

Cuando los servicios de consultoría señalados en los requerimientos técnicos para el respectivo concurso de méritos puedan desarrollarse con diferentes enfoques o metodologías, se exigirá la presentación de una Propuesta Técnica Detallada (PTD). En estos casos sólo procede la selección por el sistema de precalificación con lista corta.

Artículo 56. *Contenido del pliego de condiciones y requerimientos técnicos.* El pliego de condiciones para el concurso de méritos deberá contener, además de lo señalado en el artículo 6° del presente decreto, el anexo de los requerimientos técnicos de los servicios de consultoría que se van a contratar. En los mismos se señalará cuando menos lo siguiente:

1. Los objetivos, metas y alcance de los servicios que se requieren.
2. La descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados, los cuales podrán consistir en informes, diagnósticos, diseños, datos, procesos, entre otros, según el objeto de la consultoría.
3. El cronograma de la ejecución del contrato de consultoría.
4. El listado y ubicación de la información disponible para ser conocida por los proponentes, con el fin de facilitarles la preparación de sus propuestas, tales como estudios, informes previos, análisis o documentos definitivos.
5. La determinación del tipo de propuesta que se exige en el proceso de concurso de méritos.

Artículo 57. *Costo estimado de los servicios y disponibilidad presupuestal.* Con base en los requerimientos técnicos, la entidad estimará el costo de los servicios de consultoría requeridos teniendo en cuenta rubros tales como los montos en "personas/tiempo", el soporte logístico, los insumos necesarios para la ejecución de los servicios, los imprevistos y la utilidad razonable del contratista.

El presupuesto oficial amparado por la disponibilidad presupuestal respectiva se determinará con base en el

resultado de la estimación de los costos a que se refiere el inciso anterior. El detalle de la estimación será puesto a disposición del proponente que se ubique en el primer puesto de la lista de elegibles, y servirá de base para la revisión a que se refiere el artículo 71 del presente decreto.

En el caso de requerirse una Propuesta Técnica Detallada (PTD), la entidad podrá contar con una disponibilidad presupuestal con un valor superior a la estimación a que se refiere el primer inciso del presente artículo, respaldada en el respectivo certificado. En tal caso, las propuestas económicas de los proponentes podrán sobrepasar el costo estimado del contrato sin que en ninguna circunstancia superen la disponibilidad presupuestal amparada por el certificado, so pena de ser rechazadas en el momento de su verificación.

Artículo 58. *Comité asesor.* Para los efectos previstos en el párrafo 2° del artículo 12 del presente decreto, el comité asesor que se conforme para el desarrollo del concurso de méritos estará integrado por un número plural e impar de personas idóneas para la valoración de las ofertas. En caso que la entidad no cuente total o parcialmente con las mismas, podrá celebrar contratos de prestación de servicios profesionales para ello.

El comité asesorará a la entidad, entre otras cosas, en el proceso de precalificación y selección, según sea el caso, en la validación del contenido de los requerimientos técnicos, en la conformación de la lista corta o de las listas multiusos, en la evaluación y calificación de las ofertas técnicas presentadas de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones y en la verificación de la propuesta económica del proponente ubicado en primer lugar en el orden de calificación.

La entidad podrá, de manera motivada, apartarse de las recomendaciones que con ocasión del proceso de concurso de méritos le realice el comité asesor.

Artículo 59. *Prevalencia de los intereses de la entidad contratante.* Los consultores están obligados a dar asesoramiento competente, objetivo e imparcial, otorgando en todo momento la máxima importancia a los intereses de la entidad, asegurándose de no incurrir en conflictos de interés. En consecuencia, los proponentes evitarán dar lugar a situaciones en que se pongan en conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o con su futura o actual participación en procesos de selección, o en la ejecución de otros contratos.

En consecuencia, al momento de presentar su expresión de interés en precalificar para ser incluido en la lista corta y al presentar su propuesta, el proponente deberá declarar que él, sus directivos y el equipo de trabajo con que se ejecutarán los servicios contratados, no se encuentran incurso en conflicto de interés.

Parágrafo. Esta norma se aplicará también a quienes sean contratados para integrar o acompañar las labores del comité asesor.

Artículo 60. *Valoración de la experiencia del proponente.* La experiencia de los socios de una persona jurídica se podrá acumular a la de esta, cuando ella no cuente con más de cinco (5) años de constituida. La acumulación se hará en proporción a la participación de los socios en el capital de la persona jurídica.

En el caso de los consorcios o uniones temporales, la experiencia será la sumatoria de las experiencias de los integrantes que la tengan, de manera proporcional a su participación en el mismo, salvo que el pliego de condiciones señale un tratamiento distinto en razón al objeto a contratar.

En el caso de sociedades que se escindan, la experiencia de la misma se podrá trasladar a cada uno de los socios escindidos, y se contabilizará según se disponga en los respectivos pliegos de condiciones del proceso.

SECCION II

Selección por Concurso Abierto

Artículo 61. *Procedimiento de concurso abierto.* El concurso de méritos por el sistema de concurso abierto se

desarrollará de conformidad con el proceso señalado en el presente capítulo, prescindiendo de los procedimientos de precalificación, de que trata la Sección III del mismo.

Parágrafo. Para la selección de proyectos de arquitectura mediante el uso de concurso abierto por medio de jurados se aplicará el procedimiento señalado en el Decreto 2326 de 1995, hasta tanto no se expida el reglamento que lo modifique.

SECCION III

Procedimientos de precalificación

Artículo 62. *Definición de los procedimientos de precalificación.* La precalificación consiste en la conformación de una lista limitada de oferentes para uno o varios procesos de concurso de méritos. La precalificación que se haga para un sólo proceso de concurso de méritos se denominará lista corta. La que se realice para varios concursos de méritos determinados o determinables se denominará lista multiusos.

Para proceder a precalificar e integrar la correspondiente lista limitada de oferentes, la entidad aplicará el procedimiento que se señala en el presente decreto para la lista corta y para la lista multiusos.

El procedimiento de precalificación es anterior e independiente de los procesos de concurso de méritos para los que se aplique.

Artículo 63. *Solicitud de expresiones de interés para la precalificación.* Con el fin de realizar la precalificación para la integración de la lista corta o de la lista multiusos la entidad realizará una convocatoria pública a través del Secop.

Con base en la solicitud, el aviso de convocatoria incluirá la siguiente información:

1. La fecha límite para presentar la expresión de interés.
2. Los criterios que se tendrán en cuenta para conformar la lista limitada de oferentes.
3. La indicación de si se trata de una lista corta o de una lista multiusos.
4. La indicación de los requisitos habilitantes mínimos y proporcionales que se exigen a los integrantes de la lista limitada de oferentes.

Los interesados en conformar la lista expresarán su interés por escrito, dentro del término señalado para ello en el aviso de convocatoria a que se refiere el presente artículo, y acompañarán dicha manifestación con la documentación que soporte el cumplimiento de los requisitos habilitantes del interesado.

Artículo 64. *Conformación de la lista corta.* Para la conformación de la lista corta el comité asesor verificará el cumplimiento de los requisitos habilitantes, y posteriormente valorará la información allegada con la expresión de interés a partir de los criterios señalados en el aviso de convocatoria pública, teniendo en cuenta los intereses de la entidad y los fines de la contratación.

La entidad conformará la lista corta con un número plural de precalificados que no podrá exceder de seis (6) cuando se deba presentar una propuesta técnica detallada, ni de diez (10) cuando se deba presentar una propuesta técnica simplificada.

En caso de no lograr integrar la lista con al menos dos (2) interesados, la entidad revisará las condiciones establecidas y hará los ajustes que considere necesarios en los criterios para su conformación y dará paso a una nueva convocatoria. En el evento en el que en esta segunda oportunidad no se logre la conformación de la lista y se presente un solo interesado, podrá llevarse a cabo el proceso, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 90 del presente decreto.

En el aviso de convocatoria que incluye la solicitud de manifestaciones de interés se especificará la forma de valorar la información allegada por los interesados, con base en los siguientes criterios:

- a) Experiencia general, relevante y suficiente en las áreas requeridas en el objeto a contratar que asegure la idoneidad del futuro proponente para su ejecución;
- b) Estructura y organización del interesado en cuanto a los recursos técnicos, humanos y físicos de que dispone.

Adicionalmente, la entidad podrá tener en cuenta otros criterios, como la capacidad intelectual, el cumplimiento de contratos anteriores y similares, las buenas prácticas, reconocimientos, o cualquier otro elemento de juicio que le permita a la entidad contratante identificar precalificados que puedan ejecutar exitosamente los servicios de consultoría de que se trate.

El comité preparará el informe de lista corta que servirá para adoptar la decisión que la integre. La lista corta será publicada en el Secop. De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición, previa notificación a los interesados.

Parágrafo. Con la manifestación de interés se entiende presentada la declaración por parte del interesado de no encontrarse incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades a que se refiere el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, ni en conflicto de interés que pueda afectar el normal desarrollo del contrato a celebrarse.

Artículo 65. *Conformación de listas multiusos.* Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2025 de 2009. Se entiende por lista multiusos la que resulta de la precalificación que haga una entidad de los interesados en participar en varios concursos de méritos determinados o determinables, que tengan objeto común o similar, en los que se exija la presentación de Propuestas Técnicas Simplificadas (PTS). La vigencia de las listas multiusos no podrá exceder de seis (6) meses, y deberán contener un mínimo de veinticinco (25) integrantes.

Para la integración de las listas multiusos la entidad hará una convocatoria pública a través del Secop, en la que señalará las condiciones, criterios y requisitos que deben cumplir los interesados para su inclusión en las listas, los cuales se determinarán conforme lo preceptuado en el artículo anterior.

Parágrafo 1°. Las condiciones de habilitación de los interesados serán verificadas al momento de elaboración de las listas multiusos, sin perjuicio de la posibilidad de actualizar el soporte de las mismas durante su vigencia según disponga el respectivo manual de contratación.

Parágrafo 2°. Las listas multiusos serán publicadas en el Secop con el fin de comunicarlas a los interesados. De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición, previa notificación a los interesados.

SECCION IV

Proceso de selección

Artículo 66. *Etapas del concurso de méritos.* El concurso de méritos tendrá las siguientes etapas, sin perjuicio de lo señalado en el Título I del presente decreto:

1. Acto administrativo de apertura, el cual, en los eventos en que se haga uso de precalificación, sólo procederá una vez se encuentre en firme la conformación de la lista corta o la lista multiusos.
2. Publicación del pliego de condiciones.
3. Invitación a presentar propuestas, en los concursos en los que se haga uso de precalificación.
4. Presentación de las ofertas.

5. Verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas.
6. Elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas.
7. Traslado del informe de evaluación por un término no superior a tres (3) días hábiles.
8. Apertura de la propuesta económica del primer elegible.
9. Verificación de la consistencia de la propuesta económica.
10. Adjudicación del contrato o declaratoria de desierta.

Parágrafo. Salvo los expresamente señalados en el presente decreto, en el pliego de condiciones se señalarán los términos y plazos que gobiernan el concurso de méritos. El término para presentar ofertas se contará a partir de la expedición del acto administrativo de apertura.

Artículo 67. *Invitación a presentar propuestas.* Salvo en el concurso de méritos que se realice con el sistema de concurso abierto, la entidad, junto con la expedición del acto administrativo de apertura, enviará a los integrantes de la lista corta o de la lista multiusos, una carta de invitación a presentar propuestas, que contendrá:

1. El nombre de la entidad contratante.
2. La fecha, hora y lugar límite para la presentación de las propuestas.
3. La indicación del lugar físico o electrónico donde pueden consultarse el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Los interesados presentarán en dos sobres sellados sus propuestas, en los parámetros señalados en el pliego de condiciones. Uno de los sobres contendrá la oferta económica y el otro, la propuesta técnica y la demás documentación exigida.

Artículo 68. *Criterios de evaluación de las propuestas técnicas.* Para la evaluación de la propuesta técnica la entidad hará uso de los siguientes factores de evaluación:

1. Experiencia específica del proponente en relación directa con los servicios previstos en los requerimientos técnicos, y proporcional al alcance y tipo de los mismos, cuya exigencia se valorará en relación con la realización de proyectos de naturaleza e impacto similares.
2. Propuesta metodológicas y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.
3. Formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo.

Parágrafo 1º. Para la ponderación de las Propuestas Técnicas Detalladas (PTD), la entidad asignará un porcentaje no inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo y la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referida en el numeral 2 ídem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y que, en ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

Para la ponderación de las Propuestas Técnicas Simplificadas (PTS) solo se tendrán como criterios calificables los contenidos en los numerales 1 y 3. El porcentaje asignado al numeral 3 no será inferior al sesenta por ciento (60%) en ningún caso.

Parágrafo 2º. En los pliegos de condiciones deberá indicarse el puntaje mínimo que una oferta deberá recibir para ser considerada elegible, así como las condiciones máximas a acreditar en desarrollo de lo previsto en los numerales 1 y 3, de manera que las que superen ese límite no sean tenidas en cuenta.

Parágrafo 3º. La entidad estatal contratante verificará que el equipo de trabajo presentado esté en capacidad real y efectiva de cumplir con la carga y plan de trabajo de la consultoría.

Artículo 69. *Procedimiento de evaluación de las propuestas técnicas e informe de evaluación.* El comité asesor valorará el mérito de cada una de las propuestas en función de su calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el pliego de condiciones del respectivo concurso en desarrollo del artículo 68 del presente decreto.

El comité entregará a la entidad su informe de evaluación, el cual contendrá el análisis efectuado por el comité y el puntaje final de las propuestas. La mejor propuesta será la que obtenga el puntaje más alto. El informe de evaluación estará suscrito por cada uno de los miembros del comité.

Parágrafo. Los pliegos de condiciones establecerán reglas de desempate claras y objetivas reservándose como última medida la del sorteo.

Artículo 70. *Propuesta económica.* La propuesta económica deberá incluir todos los conceptos asociados con las tareas a contratar que comprenden, entre otros:

1. La remuneración del personal del consultor, la cual podrá incluir, según el caso, sueldos, cargas por concepto de seguridad social, viáticos, etc.
2. Gastos reembolsables indicados en los pliegos de condiciones.
3. Gastos generados por la adquisición de herramientas o insumos necesarios para la realización de la labor.
4. Gastos de administración.
5. Utilidades del consultor.
6. Gastos contingentes.

Los precios deberán ser desglosados por actividad y de ser necesario, por gastos en moneda nacional y extranjera. Las actividades y productos descritos en la propuesta técnica pero no costeadas en la propuesta económica, se consideran incluidas en los precios de las actividades o productos costeados.

Artículo 71. *Apertura y revisión de la propuesta económica.* La apertura del sobre con la propuesta económica y la revisión de su consistencia con la oferta técnica se llevarán a cabo de conformidad con las siguientes reglas:

1. Una vez concluida la evaluación técnica, la entidad, en audiencia pública, dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas.
2. En presencia del proponente ubicado en el primer lugar en el orden de calificación, la entidad procederá a abrir el sobre que contiene la propuesta económica del proponente.
3. Si el valor de la propuesta excede la disponibilidad presupuestal, la misma será rechazada y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación, y así sucesivamente.
4. La entidad verificará la consistencia de la propuesta económica respecto de las actividades descritas en la propuesta técnica, con el fin de efectuar las clarificaciones y ajustes que sean necesarios. Como resultado de estos ajustes no podrán modificarse los requerimientos técnicos mínimos.

5. Si de la verificación de la propuesta económica del proponente se identifica que la misma no es consistente con su propuesta técnica, se dará por terminada la revisión, se rechazará y se procederá a abrir el sobre económico de la ubicada en el siguiente orden de elegibilidad, y se repetirá el procedimiento indicado en el numeral anterior.

6. La entidad y el proponente elaborarán un acta de los acuerdos alcanzados en esta revisión, con el fin de que se incluyan en el respectivo contrato.

7. La entidad adjudicará el contrato al consultor seleccionado, por medio de acto administrativo motivado.

Artículo 72. *Declaratoria de desierto.* Si la entidad declara desierto el concurso, la entidad podrá iniciarlo de nuevo, prescindiendo de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. De ser necesario se modificarán los elementos de la futura contratación que hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto.

En el evento de haberse conformado lista corta para el proceso fallido, será posible hacer uso de la misma en tanto cumpla con las exigencias del pliego de condiciones para su utilización.

Artículo 73. *Sustitución en el equipo de trabajo, continuidad del servicio y adición.* Durante la ejecución del contrato, el consultor sólo podrá sustituir algún miembro del equipo de trabajo si así lo autoriza la entidad, siempre que el nuevo miembro propuesto cuente con calidades iguales o superiores a las presentadas en la oferta respecto del miembro del equipo a quien reemplaza.

El consultor seleccionado podrá continuar ejecutando fases subsecuentes de la consultoría, sujetas al acaecimiento de una condición previamente determinada, si ellas corresponden a tareas que se desprenden de los trabajos iniciales o son necesarias para el desarrollo del mismo proyecto.

Artículo 74. *Garantía de seriedad de propuesta.* La entidad podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad del ofrecimiento para la presentación de una Propuesta Técnica Simplificada (PTS).

En todo caso, si el proponente, sin justa causa, se abstuviere de suscribir el contrato adjudicado, quedará inhabilitado para contratar con el Estado por un término de cinco (5) años, de conformidad con el literal e) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

SECCION V

Del concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros

Artículo 75. *Criterios de evaluación de intermediarios de seguros.* La selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto. La aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las siguientes reglas:

1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

2. La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 68 del presente decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en este los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.;

b) Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido este como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a la que se refiere el numeral 3 del artículo 68 del presente decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).

4. Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corredor ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.

Parágrafo 1º. Para la ponderación de las propuestas técnicas la entidad asignará un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referidos en el numeral 2 ídem, y la oferta de soporte técnico a la que se refiere el numeral 4 íbidem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y este a su vez sea superior al porcentaje señalado al criterio del numeral 4. En ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

Parágrafo 2º. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan al objeto directo de la selección.

Artículo 76. Oportunidad del concurso y término de vinculación. La selección de intermediario de seguros deberá realizarse en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.

La entidad estatal adjudicará a un solo intermediario de seguros el manejo integral del plan de seguros. No obstante, si sus necesidades así lo ameritan, podrá adjudicar a otro intermediario un ramo o un grupo de ramos de seguros requeridos. En los pliegos de condiciones del concurso deberá consignarse esta posibilidad expresamente. En ningún evento habrá más de dos intermediarios por cada entidad estatal.

La vinculación del intermediario con la entidad estatal se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención dentro de un mismo proceso de selección, sin perjuicio de que la entidad contratante, con el cumplimiento previo de las formalidades legales, proceda a la terminación de la relación".

Así las cosas, observamos que en el proceso de concurso de méritos igualmente se puede incurrir en las faltas disciplinarias previstas en los numerales 30 y 31 del CDU, en tanto los servidores públicos que interviniente en cada una de las actuaciones, etapas, procedimientos, instancias trámites contractuales, pueden actuar ya por acción u omisión en la actividad precontractual del concurso de méritos en vulneración de los principios de transparencia, responsabilidad, economía, selección objetiva, vulneración a los derechos y deberes de los oferentes, así como en incumplimiento de los deberes como servidor público de las administraciones públicas pre-contratantes.

1.2.4.-Las faltas disciplinarias en la contratación directa de las administraciones públicas.

Es de especial importancia para el derecho disciplinario la contratación directa, como herramienta de gestión contractual, pues sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior, y de los principios contractuales de regulación legal establecidos en la ley 80 de 1993, así como de la regulación establecida en el decreto 2474 de 2008- normas que deben aplicarse en todo su rigor-, se hace necesario que los servidores públicos responsables de la fase precontractual de un contrato cuyo procedimiento sea el de contratación directa, que actúe con estricta sujeción a la norma jurídica que lo regula, a fin de evitar que este procedimiento sea utilizado para evadir la licitación, el concurso de méritos o la correspondiente selección abreviada.

Así las cosas, la decisión de contratar directamente no es un asunto subjetivo del servidor

público competente para celebrar los contratos estatales de la Entidad ya por atribución de funciones o por ser delegatario de funciones y competencias contractuales, sino que es la ley la que señala las causales de contratación directa, y en atención a los bienes y servicios que requiere la administración, resulta necesario realizar la operación jurídica a fin de establecer a que procedimiento de contratación debe ceñirse la selección del contratista que va a prestar los servicios o bienes que requiere la administración contratante.

La justificación o motivación de la decisión de acudir a la contratación directa esta dada por una simbiosis de racionalidad legal, que resulta de identificar el objeto del contrato y luego adecuarlo a los procedimientos de selección de contratistas, esto es a la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o a la contratación directa, si luego de realizar la operación jurídica observamos que por disposición de la ley, ese objeto debe ser contratado a través del procedimiento de contratación directa, y por ello debe indicarse la causal expresamente prevista en la norma jurídica expresando las razones que dejan claridad de que el objeto a contratar y el procedimiento se hace por disposición expresa en la ley, pues recordemos que las motivaciones subjetivas pueden dar lugar a arbitrariedades que no encuentran justificación en norma jurídica alguna y que podrían configurar una falta disciplinaria gravísima y es la utilización de la contratación directa para evadir el proceso de licitación, concurso de méritos o de selección abreviada.

1.2.4.1 De las causales de contratación directa, Artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada por los artículos 77 a 83 del decreto 2474 de 2008.

a) Declaración de urgencia manifiesta por parte de la entidad contratante, mediante acto administrativo como requisito de procedibilidad de la causal de contratación directa, artículos 42 y 43 del EGCAP-, y artículo 48, numeral 33 del CDU-.

Ya habíamos señalado que el Estatuto General de Contratación Pública, señala como procedimiento general y ordinario de selección de contratistas, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, y la contratación directa en los casos especiales previstos en la ley.

De allí, que en principio un objeto contractual que está previsto para que se contrate por licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, se pueda contratar directamente previa declaración de urgencia manifiesta, declarada mediante acto administrativo conforme a los presupuesto previstos en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993

Es relevante para el derecho disciplinario, fiscal y penal la existencia de las causales que dieron lugar a la declaración de urgencia manifiesta, así como la verificación de los elementos del acto administrativo que así lo declara, pues se trata de una causal que saca del procedimiento general de selección de contratistas para hacerlo mediante el procedimiento menos rigurosos en este caso de la contratación directa. Y digo relevante para los órganos de control, porque podría declararse la urgencia manifiesta con falsa motivación, esto es, con la clara intención de contratar directamente y evadir la licitación pública o la selección abreviada.

De allí que según el artículo 41 de la ley 80 de 1993, la urgencia manifiesta para que se sujete a las disposiciones legales, o una especie de lo que podríamos denominar el deber ser de la urgencia manifiesta, debe someterse a los siguientes presupuestos para que sea calificada como

existencia de motivos de su declaración:

Que la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación del servicio, o la ejecución de obras en el inmediato futuro;

Cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de excepción de conmoción interior, guerra exterior, o emergencia económica, social y ambiental:

Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones y acciones inmediatas por parte de la autoridad pública;

Cuando se trate de situaciones similares a las anteriores que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos.

La urgencia manifiesta debe declararla el servidor público responsable de la gestión contractual de la Entidad, esto es el representante legal de la Entidad o el jefe del organismo, en el evento en que se haya delgado, puede hacerlo el delegatario de las funciones de ordenación contractual del gasto, mediante acto administrativo motivado, contra el cual no procede recurso alguno.

El mencionado acto administrativo debe someterse a los elementos de todo el acto administrativo, a saber:

El elemento objetivo, se trata de la sujeción del acto administrativo a los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993.

El elemento subjetivo, esto es, la competencia para producir el acto administrativo, en tanto lo expide el jefe del organismo o representante legal según el caso responsable de la gestión contractual, el delegatario de las funciones contractuales de la entidad, sin perjuicio que en los casos de delegación el superior reasuma la función y declare la urgencia manifiesta. En este caso se reúne en una misma persona, la capacidad de contratación, la competencia para suscribir el contrato, y la ordenación del gasto, dada la naturaleza del contrato que es considerado una herramienta de ejecución presupuestal, entre otros atributos.

El elemento formal del acto administrativo, y es que se trata de la declaración de unas

condiciones reales y existentes a través de un acto administrativo que es reglado y formal porque debe constar por escrito con una adecuada motivación, pero que de todas maneras la valoración de las condiciones objetivas de declaración es de discrecionalidad de la administración, esto es que un órgano de control aún dadas las condiciones para declarar la urgencia manifiesta no puede cuestionarle a la administración su no declaratoria; puede sugerirle, pero si no la acoge no puede ser un asunto de juzgamiento penal o disciplinario, en tanto la administración valora si puede contar con otras medidas tales como la colaboración de la fuerza públicas, la cruz roja o la defensa civil.

El elemento causal, es importante en la medida en que se refiere a la motivación del acto, esto es, que se exponga de manera clara y precisa las condiciones materiales y objetivas de la existencia de la causal o causales que dan lugar a la declaración de urgencia manifiesta. Este elemento del acto administrativo de declaración de urgencia manifiesta es el mas importante, en la medida en que es el que justifica la contratación directa, sin sujeción a los procedimientos generales de la licitación pública o la selección abreviada, puesto que en materia penal podría configurarse un delito de celebración indebida de contratos por la no sujeción a los requisitos legales esenciales o por interés indebido, en concurso con un prevaricato por expedir un acto administrativo contrario a la ley. En derecho disciplinario existe falta disciplinaria expresa y es la contenida en el artículo 48, numeral 33 del CDU.

El elemento finalístico del acto, trata de la finalidad que cumple el acto, y eso es la satisfacción oportuna que garantiza la continuidad en la prestación de un servicio, el suministro de un bien, la ejecución de una obra en el futuro inmediato etc. De allí que si el acto no tiene esta finalidad, sino la de evadir la licitación pública o la selección abreviada, el acto administrativo es nulo, por desviación o abuso de poder en su expedición.

La declaración de urgencia manifiesta habilita a la Entidad pública a realizar los traslados presupuestales internos afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del presupuesto.

El artículo 43 de la Ley 80 de 1993, establece un mecanismo administrativo de control a la declaración de urgencia manifiesta, atribuyéndole a la contraloría que ejerza el control fiscal a la entidad que declare la urgencia manifiesta el control especial a la actuación: Se trata del deber que tiene la Entidad que declara la urgencia manifiesta de enviarle el expediente administrativo a la Contraloría respectiva, integrado por el acto administrativo de declaratoria de urgencia manifiesta, junto con el o los contratos en el evento en que se requiera suscribir varios, así como los antecedentes administrativos de la actuación y de las pruebas de los hechos, si son notorios así se expresará, pero podrá enviar artículos y grabaciones de medios, actas de inspecciones, vídeos etc.

La Contraloría competente, cuenta con un término de dos meses contados a partir de su recibo, para pronunciarse sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. El pronunciamiento de la Contraloría debe versar sobre los motivos de la declaración de urgencia manifiesta, esto es, que si encuentra la declaración sujeta a la ley, así o expresará en mediante providencia que deberá comunicar a la Entidad pública que declaró la urgencia manifiesta.

En relación a los contratos suscritos como consecuencia de la declaración de urgencia manifiesta, estos en virtud de la ley, no pueden motivo de pronunciamiento, sin perjuicio de que puedan ser sometidos a proceso auditor de manera posterior.

Si la Contraloría estima que el acto está sujeto a la ley, cualquier ciudadano u organismo no gubernamental si así lo estima puede promover la correspondiente acción penal o disciplinaria, o la correspondiente acción de nulidad del acto ante el juez administrativo. Pero si la Contraloría estima que el acto no está conforme al artículo 42 de la Ley 80 de 1993, así lo expresará y promoverá las acciones penales y disciplinarias que estime son pertinentes, pero tal declaración en si misma no da lugar a la declaración de ilegalidad del acto ni de los contratos suscritos en tal virtud, pues es necesario que el juez administrativo declare la nulidad del acto de declaratoria para que la administración pueda declarar la terminación unilateral de los contratos en virtud del artículo 44 y 45 del Estatuto de los contratos públicos.

Artículo 48, numeral 33 del CDU:

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

El Código disciplinario señala la facultad del juez disciplinario para adelantar la correspondiente actuación disciplinaria, cuando quiera que se haya expedido un acto administrativo con falsa motivación, sin perjuicio de otras irregularidades en que se pueda incurrir en la expedición del acto. En el caso concreto, cuando la Procuraduría, Personería u oficina de control disciplinario respectiva, encuentra que el acto fue expedido sin que exista alguna de las causales establecidas para ello en el artículo 42 de la ley 80 de 1993, procederá a adecuar la conducta en el tipo disciplinario establecido en el artículo 48, numeral 33, que señala como falta disciplinaria gravísima, el declarar la urgencia manifiesta sin que exista la causal objetiva descrita en la ley, para ello el órgano debe establecer en la investigación no solo la ausencia objetiva de causa real para la declaratoria de urgencia manifiesta, sino el móvil oculto en la declaración, tal como que el fin era contratar directamente para evadir el proceso de licitación pública, concurso de méritos o de selección abreviada. Licitación pública en cuantos sea una obra pública, selección abreviada en tanto sea un bien o servicio el que se va a adquirir, o el concurso de méritos si además en el contrato de obra pública se incluye el componente de diseño y por su parte la interventoría de las obras contratadas previa declaración de urgencia manifiesta.

Hay que diferenciar de la falsa motivación dos escenarios: Uno de ellos, es que la falsa motivación consista en que no existe causa real objetiva que dé lugar a ella, y que una es la

motivación del acto administrativo y otra es la realidad, esto es que objetivamente no existe la causal motivada en el acto, en esos casos, existe causal de nulidad del acto administrativo, presunta falta disciplinaria y delito de celebración indebida de contratos estatales en concurso con prevaricato; el otro escenario es el de que la motivación es insuficiente, pero la causal de declaración del acto administrativo si existe, o porque la causal motivada en el acto administrativo es distinta a la que existe objetivamente. En estos casos lo sustancial es la declaratoria del acto administrativo para garantizar las medidas que requiere la administración para ofrecer solución a una necesidad pública, razón por la cual en estos casos no se evidencia dolo en la actuación, entonces no habrá delito, como tampoco falta disciplinaria al menos gravísima, sin perjuicio de que el juez disciplinario encuentre la existencia de alguna falta leve o grave en la actuación, y que el juez administrativo observe nulidad del acto administrativo. Recordemos, que la causal que da lugar a la declaración de nulidad de un acto administrativo, no necesariamente comporta la comisión de un delito o de falta disciplinaria alguna.

b). Los contratos de empréstitos celebrados por la administración pública.

Los contratos de empréstito y los demás de operaciones de crédito público, a través del cual la Entidad pública obtiene recursos para la financiación de sus proyectos previstos en el desarrollo de su objeto social, se hará mediante el procedimiento de contratación directa, previa autorización de la autoridad respectiva, ya sea los concejos municipales, asambleas departamentales o la ley para la Nación, y los concejo directivos de las empresas descentralizadas. En este contrato de empréstito, la entidad pública deudora oficia de contratista y el ente financiero público, mixto o privado actúa en su condición de contratante

acreedor del empréstito.

Así mismo, debe contar con el estudio de mercado a fin de establecer las condiciones de crédito de las distintas entidades, tasas de crédito, plazos, periodos de gracia etc, fuentes de pago, capacidad de endeudamiento, y la inscripción del respectivo crédito en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así mismo, debe tener en cuenta las limitaciones legales para comprometer el pago del crédito con cargo a vigencias futuras el último del periodo del Alcalde o Gobernador, veamos el artículo 41, parágrafo 2º de la Ley 80 de 1993:

“PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO PÚBLICO. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.

Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o

asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.

El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público.

Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta Ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De conformidad con las condiciones generales que establezca la autoridad monetaria, la emisión, suscripción y

colocación de títulos de deuda pública interna de las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto previo favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso. Cada uno de los conceptos y autorizaciones requeridos deberá producirse dentro del término de dos meses, contados a partir de la fecha en que los organismos que deban expedirlos reciban la documentación requerida en forma completa. Transcurrido este término para cada organismo, se entenderá otorgado el concepto o autorización respectiva.

En ningún caso se otorgará la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, ni a operaciones de particulares.

Las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa. Su publicación, si a ello hubiere lugar, se cumplirá en el Diario Oficial cuando se trate de operaciones de la Nación y sus entidades descentralizadas. Para operaciones de la Nación este requisito se entenderá cumplido en la fecha de la orden de publicación impartida por el Director General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; en las entidades descentralizadas del orden nacional, en la fecha del pago de los derechos correspondientes por parte de la entidad contratante.

Salvo lo que determine el Consejo de Ministros, queda prohibida cualquier estipulación que obligue a la entidad estatal prestataria a adoptar medidas en materia de precios, tarifas y en general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asuntos de su exclusiva competencia, en virtud de su carácter público. Así mismo, en los contratos de garantía la Nación sólo podrá garantizar obligaciones de pago. Las operaciones a que se refiere este artículo y que se celebren para ser ejecutadas en el exterior se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos”.

c).- Los contratos interadministrativos. Artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, modificó el literal c) del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así:

“Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad con las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”.

Artículo 78, Decreto 2474 de 2008. *“Contratos interadministrativos. Las entidades señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.*

De conformidad con el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, las instituciones públicas de educación superior podrán ejecutar contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada, y acrediten la capacidad requerida para el efecto.

El régimen de contratación de las Instituciones de Educación Superior Públicas será el determinado de acuerdo con las normas específicas que las rijan, y en todo caso, bajo los principios que les son propios en su condición de entidades públicas.

Parágrafo. Los contratos de seguro de las entidades estatales estarán exceptuados de celebrarse por contrato interadministrativo”.

Los contratos interadministrativos, entendidos como aquellos suscritos entre dos o mas entidades estatales de las previstas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, para adquirir derechos y contraer obligaciones, tienen una naturaleza y regulación específica, donde existe una Entidad pública contratante y otro Ente estatal contratista en donde las partes se comprometen a ejecutar unas prestaciones en relación al objeto del contrato.

Dado el carácter de entidad pública contratante y entidad pública contratista, se observa que la finalidad que persiguen las partes y el interés que le asiste es precisamente público, lo que indica que en estos eventos cuando una entidad pública requiera un bien o servicio o cualquier otra prestación que puede contratar con otra Entidad pública, la norma precisamente lo que hace es autorizar la selección directa del ente público contratista, dada la coincidencia y afinidad que existe entre la necesidad del ente público contratante y la capacidad de oferta del ente público contratista, lo que hace que esa coincidencia se traduzca en que la administración contratante precisamente decida la contratación directa entre estos dos entes públicos.

No se acude a la contratación directa, porque el ente público contratista sea el único que esté en condiciones de prestar el servicio o ejecutar la prestación, sino porque la administración previa identificación del objeto del contrato y de los presupuesto previstos en la ley encuentra que se adecua en una de las causales de contratación directa, a mas de justificar y motivar la decisión, pues recordemos que ese mismo bien, servicio o cualquier otra prestación también puede ser contratado con una persona natural o jurídica particular, y es por ello, que la administración en la justificación o motivación de la decisión debe señalar a mas de las causal establecida en la ley, las razones de oportunidad y conveniencia, pues en una economía de mercado no puede ni podría la administración en perjuicio de los agentes privados del mercado contratar todas sus prestaciones directamente con entidades públicas en perjuicio del sector privado que tiene constitucional de acceder como colaborador del Estado a la contratación de bienes, servicios y demás prestaciones estatales a través de contratos administrativos a través de procesos de selección transparente, públicos y que se adelanten en condiciones de igualdad en los oferentes. Es por ello, que los contratos interadministrativos tienen regulación específica, con limitaciones a las que hay que someterse tales, como que:

- Las obligaciones contraídas por el contratista interadministrativo estatal deben tener relación directa con el objeto social de la entidad pública ejecutora o contratista estatal previstos en la ley, reglamentos, estatutos etc.

- Las obligaciones económicas adquiridas por el contratante interadministrativo estatal en relación al contratista estatal para financiar el objeto del mismo, debe contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, registro presupuestal, afectando su

presupuesto.

- En caso que existan actividades del objeto del contrato, que en virtud del mismo deba financiar parcialmente una y otra entidad, la afectación presupuestal debe ocurrir en la ejecución presupuestal de una y otra.

- Las instituciones públicas de educación superior podrán celebrar directamente y ejecutar contratos interadministrativos con las entidades públicas a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, siempre que el objeto del contrato sea de aquellos que pueda ejecutar el ente universitario, porque sea una de las actividades que constituye, regula o autoriza el objeto social previsto en la ley, reglamento o estatutos de la misma, siempre que el tipo de contrato no sea obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública.

- Las instituciones públicas de educación superior podrán suscribir, celebrar y ejecutar contratos de obra pública, concesión de obra pública, suministro de bienes y servicios, encargo fiduciario y fiducia pública siempre que participe presentando propuesta como oferente singular o plural, esto es, como ente universitario, o como miembro de una unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura en licitaciones públicas, selección abreviada y acrediten la capacidad y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

- Las entidades públicas descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, pueden suscribir entre otros contratos de consultoría en cualquiera de sus modalidades, ya sea, estudios, diseños, planos, proyectos financieros, valoración empresarial, estudios de prefactibilidad, factibilidad,

asesoría técnica, científica, tecnológica, gerencia de obra, gerencia de proyectos, interventorías, etc, con instituciones públicas de educación superior, de manera directa, siempre que el objeto del contrato y las obligaciones contraídas sea de aquellas que les permite su objeto social, la experiencia que tiene y el conocimiento especializado que tiene sobre la ejecución del objeto del contrato.

-Si la entidad pública contratista que celebra el contrato interadministrativo, es de las establecidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 y por tanto sometida a este régimen contractual, la ejecución de dichos contratos esta sometido al Estatuto General de Contratación Pública.

-Si la entidad pública contratista que celebra el contrato interadministrativo, es de aquellas que no está sometida al Estatuto General de Contratación Pública, sino a un régimen especial o al derecho privado, la ejecución de los contratos estará sometido en todo caso a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, salvo que se trate de instituciones de educación superior públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

-En aquellos casos en que la entidad ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni ella ni el subcontratista, contratar o

vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

-Los contratos de seguro que suscriban las entidades públicas estarán sometidos al procedimiento general, esto es, la licitación pública, lo que indica que si la entidad aseguradora es estatal, tal como la PREVISORA S.A, deberá participar en igualdad de condiciones con las aseguradoras privadas en la licitación pública donde el objeto del contrato sea expedir las pólizas que requiera la Entidad para amparar los bienes y servicios de su competencia.

Para concluir, podemos señalar que existen dos tipos de contratos interadministrativos a saber: Aquellos que suscriben las Entidades públicas directamente, porque se dan los presupuestos arriba indicados, esto es, que sean dos o mas entidades públicas las que celebren el mencionado contrato, que exista identidad y relación directa entre el objeto del contrato y las actividades que constituyen el objeto social o misión de la entidad pública ejecutora, y si se trata de universidades públicas, se pueden suscribir contratos interadministrativos directamente, siempre que sean contratos distintos a los de obra, suministro, encargo fiduciario o fiducia pública, es decir, se pueden suscribir todas las modalidades de consultoría entre otros.

Existen otros contratos interadministrativos suscritos entre entidades públicas, siempre que el ente público contratista haya participado en el proceso de selección correspondiente, ya sea la licitación pública o la selección abreviada y el concurso de méritos, y se trata de aquellos casos en donde la Entidad contratante considera en el estudio de oportunidad y conveniencia y en los respectivos pliegos de condiciones que debe realizar la correspondiente convocatoria para que

se presenten los distintos sujetos contractuales singulares y plurales, donde las entidades públicas pueden participar en igualdad de condiciones con los otros agentes del mercado contractual.

Pero si se trata del contrato de seguros, necesariamente la entidad pública que requiere de la garantía debe seleccionar el contratista mediante licitación pública, lo que indica que de ella puede resultar un contrato estatal propiamente dicho si la entidad aseguradora es del sector privado, pero si es del sector público, como la Previsora S.A, entonces el proceso adjudicado dará lugar a la suscripción del contrato para el suministro de las pólizas, que es producto de un contrato de seguros, solo que si el contratista resulta ser una aseguradora estatal, el mismo contrato será denominado contrato interadministrativo.

d) Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS. Artículo 79, Decreto 2474 de 2008.

Los contratos estatales, para adquirir bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional tienen como procedimiento de selección ordinario la selección abreviada de menor cuantía de conformidad con los artículos 44 y 45 del Decreto 2474, adquiridos por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC; el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura.

Pero de conformidad con el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, se establece que cuando los mismos bienes y servicios para la defensa y seguridad de la Nación sean adquiridos por el

sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad o quien haga sus veces, se hará mediante el procedimiento de contratación directa y no requerirá de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado, dejando constancia en el estudio de oportunidad y conveniencia, que se requiere adquirir los bienes y servicios bajo reserva, señalando cuales son las razones que conduce a hacerlo por el procedimiento de contratación directa reservada y no por el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía inicialmente previsto.

“Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes:

- 1. Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.*
- 2. Elementos, equipos y accesorios contra motines.*
- 3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.*
- 4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.*
- 5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.*
- 6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.*
- 7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.*

8. *Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.*
9. *Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.*
10. *Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.*
11. *Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*
12. *La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.*
13. *Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.*
14. *El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que*

para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

Parágrafo. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios a que hace referencia el presente artículo no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de los contratos a que se refiere este artículo no pueden ser reveladas y en consecuencia se exceptúan de publicación”.

c).-Contratos estatales para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, Ley 29 de 1990 y decreto 591 de 1991.

La regulación del procedimiento de selección del contratista para la ejecución de actividades científicas y tecnológicas están sometidas a la contratación directa que hacen las administraciones públicas, conforme a la Ley 1150 de 2007, decreto 2474 de 2008 y el decreto 591 de 1991, a saber:

Artículo 80 del Decreto 2474 de 2008. “En la contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, se tendrá en cuenta la definición que de tales se tiene en el Decreto-ley 591 de 1991, y las demás normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen. En todo caso, en el acto administrativo que dé inicio al proceso, la entidad justificará la contratación que se pretenda realizar en aplicación de esta causal”.

El marco constitucional está regulado en los artículos 69, 70 y 71 Superiores, y desarrollados por el decreto 591 de 1991, que permite contratar directamente con persona natural o jurídica las distintas actividades establecidas en el decreto 591 de 1991, previa justificación en el

estudio de oportunidad y conveniencia, señalando las condiciones y requisitos necesarios que motivan a la entidad a suscribir el respectivo contrato, teniendo en cuenta el objeto del contrato, las obligaciones especiales y comunes de las partes, la necesidad pública a satisfacer y la idoneidad, capacidad y solidez financiera según el caso, y la experiencia del ente seleccionado directamente para la ejecución del respectivo contrato.

En ocasiones, las administraciones públicas suscriben contratos con particulares, cuyo objeto es el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, pero el contratista escogido no tiene la experiencia, capacidad logística, capacidad técnica y financiera para desarrollar el proyecto. Ello implicaría la celebración de contratos sin sujeción a los principios constitucionales de la función administrativa, lo que implica, que es un imperativo celebrar contratos de esta naturaleza, sin que sea visto por el órgano de control como la utilización de la herramienta para no someterlos procesos de escogencia del contratista al Estatuto General de la Contratación Pública.

En relación a lo contratos cuyo objeto lo constituyen actividades descritas en el decreto 591 de 1991 como de ciencia y tecnología, debe tenerse en cuenta dos aspectos relevantes para el derecho disciplinario: a) Que la norma autoriza a las administraciones públicas la ejecución de los recursos presupuestados para financiar las actividades de ciencia y tecnología previstas en sus planes de desarrollo, inversión y presupuesto de la entidad, a través de contratos estatales suscritos o celebrados con personas naturales o jurídicas; o a través de contratos interadministrativos si el ente ejecutor es otra entidad pública, y a través de convenios interadministrativos si dos entidades públicas suscriben el convenio con el fin de ejecutar

actividades conjuntas a fin de obtener los productos que requiere su política de ciencia y tecnología, teniendo en cuenta que en estos convenios interadministrativos los dos entes públicos aúnan esfuerzos para el mismo fin, los recursos pueden ser aportados por ambas entidades y las mismas ejecutan de manera conjunta actividades o de manera independiente, pero el resultado luego tiene una misma finalidad por que sirven para configurar un mismo producto. Puede ocurrir que una sola entidad aporte recursos económicos, y la otra ejecute actividades científicas y tecnológicas poniendo a disposición recursos humanos y físicos, tales como los expertos en tecnologías, en ciencias, personal científico, los laboratorios o productos tecnológicos y científicos que sirvan de base para la investigación o actividades que se proponen realizar, o los productos finales que se proponen obtener.

Con lo anterior, me propongo precisar, que basta que la actividad científica y tecnológica este prevista de manera específica en el decreto 591 de 1991, para que el ente público contratante proceda a suscribir el correspondiente contrato o convenio, con sujeción a los requisitos de capacidad de las partes para contratar, competencia para suscribir y celebrar el contrato, la idoneidad del contratista, la disponibilidad y el correspondiente registro presupuestal, la verificación de los requisitos para la ejecución de los contratos, la causa lícita, objeto lícito y el consentimiento, el estudio de oportunidad y conveniencia y la definición clara de las actividades a realizar. Las obligaciones adquiridas, la forma de pago y la entrega de los productos objeto del contrato, identificando si la entrega de los productos se pactan como obligación de medio o de resultado.

Si se trata de productos a elaborar con fundamento en elementos tecnológicos y científicos ya determinados, los productos podrían pactarse como obligaciones de resultado, pues se trata de elaborarlos, diseñarlos y construirlos, pero si se trata de actividades de investigación tecnológica o científica, en donde el resultado depende del resultado de la investigación, el alea de resultado es muy grande, lo que implica que el resultado final tiene necesariamente que pactarse como una obligación de medio, esto es el contratista pone toda su experticia, sus medios, instrumentos, investigaciones científicas y tecnológicas, pero que no puede garantizar un resultado porque ello está dado por el áleas del descubrimiento, tal como la investigación científica que tiene como objeto establecer las causas de las epidemias tropicales en las selvas Amazónicas o de la Orinoquia colombiana, o de la Sierra Nevada de Santa Marta, o de los Montes de María de las Sabanas de Bolívar y Sucre, o de las cursas de producción o gestación del germen transmisor del dengue en el Golfo del Morrosquillo ubicado en las jurisdicciones de Córdoba y Sucre.

Ello implica, que el contrato debe establecer como obligación de medio, el resultado de las mismas, esto es, que los expertos ponen a disposición su conocimiento sobre la materia, experiencia, resultados anteriores en investigaciones inmunológicas o similares, pero garantizar el resultado contraviene la naturaleza de este tipo de investigaciones, porque si el resultado pudiese ser logrado en virtud del contrato, ya la voluntad de los Gobiernos habría podido materializarse contratando con la comunidad científica la vacuna preventiva de enfermedades catastróficas como el cáncer, hepatitis, etc. De allí, que las obligaciones adquiridas en los contratos tienen que tener en cuenta los avances de la ciencia y las posibilidades materiales de conseguir el resultado, porque de lo contrario necesariamente las obligaciones son de medio.

Esto es, que si un contrato estipula como obligación de resultado aquello que materialmente es imposible garantizar, entonces esta cláusula sería ineficaz y el contrato debe ejecutarse como si fuera una obligación de medio. Las obligaciones de resultado, por su parte, son aquellas en donde tecnológica y científicamente es posible garantizar un resultado, porque la tecnología y la ciencia ya ha comprado la existencia y la eficacia de los productos.

b). Luego de haber definido como elemento relevante para el derecho disciplinario, el objeto del contrato, que consiste en que una vez establecido que la actividad está descrita en el decreto 591 de 1991, y habiendo comprobado la concurrencia de los demás requisitos anteriormente analizados, pasamos a establecer, el segundo elemento relevante para el derecho disciplinario, y es el método de escogencia del contratista. Se trata de la contratación directa, en donde la entidad en el acto administrativo de justificación, oportunidad y conveniencia, debe motivar y justificar la actuación, tales como la siguiente: La necesidad de contratar la actividad científica o tecnológica, señalando si el contrato contiene obligaciones de medio o de resultado o actividades mixtas de una y otra, la necesidad que se pretende satisfacer, es decir, los beneficios que se obtienen con ella, la disponibilidad presupuestal, y la justificación de la modalidad de contratación, que en este caso es la directa, y que basta con señalar que la actividad contratada está descrita en el decreto 591 de 1991 y autorizada para contratarla directamente por la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008.

Al operador disciplinario no le es dable coadministrar y entrarse al escenario de la gerencia de la gestión contractual y de la administración pública, pues no podría ex post a través de la

herramienta disciplinaria señalar que lo que debió hacer la administración pública fue seleccionar el contratista por concurso de méritos, selección abreviada o licitación pública, con el argumento que era mas conveniente para la administración. Y no lo puede hacer, porque señalar lo conveniente o inconveniente en medio de las muchas posibilidades y alternativas que tiene la administración para ejecutar una política pública constituye en una intromisión indebida del órgano de control en la gerencia de la administración. Me explico, si la administración tiene que ejecutar políticas preventivas contra la fiebre amarilla, lo puede hacer contratando directamente el equipo especializado de científicos, a través de una Institución Prestadora de Salud, lo Puede hacer a través de una Empresa Social del Estado, a través de un organismo no gubernamental con ese objeto social, o con los servidores públicos o contratistas de apoyo a la gestión que realizan actividades de promotoría en salud.

Como vemos, la administración pública responsable, tiene la obligación de ejecutar la política pública, y ella evalúa a través de cual de las muchas alternativas que tiene, le resulta mas conveniente para la administración, teniendo en cuenta factores como cobertura, oportunidad, facilidades de acceso a la comunidad etc. Basta con que la administración pública escoja la que considere mas conveniente para la administración y proceder a contratar la ejecución de la política pública aplicando el procedimiento de ley aplicable a la alternativa escogida, sin que le sea dable al operador disciplinario convertirse en el juez de la decisión de la administración en la escogencia de la alternativa para ejecutar la política pública. Si eso fuese posible desde la perspectiva legal, tanto la Constitución Política como la ley, habría atribuido a los jueces disciplinario la competencia de co-administración de las decisiones de la administración, y lo que en efecto le atribuyó fue la competencia para juzgar las faltas disciplinarias de las

actuaciones, esto es que la alternativa escogida se contratada y ejecutada conforme al ordenamiento jurídico que lo regula, es decir, o les dable señalar y cuestionar porque no escogió una alternativa distinta, indicándole que habría obtenido resultados mejores, porque el órgano de control no podría demostrarle al disciplinado que la alternativa que a su juicio le resultaría pertinente de haber sido escogida habría resultado mas exitosa.

Además porque si por la misma conducta se adelantan las investigaciones penales, fiscales y disciplinarias, y cada órgano cuestiona la alternativa escogida por el disciplinado, que tal que de las muchas alternativas que tenía el gestor público en su momento, al decidir sobre una, termine el fiscal señalando otra distinta, el juez penal en el juicio otra, pero el contralor en el proceso de responsabilidad fiscal señalaría una distinta y el juez disciplinario que la que cree mas conveniente. En que escenario de la gerencia pública queda el disciplinado?. De allí, que esos juicios de valor, no son del resorte del operador disciplinario, penal o fiscal, su actuación de control se contrae a la verificación de la sujeción a la norma jurídica de la alternativa escogida y de sometimiento de su ejecución y desarrollo al ordenamiento jurídico. Lo contrario sería en el escenario de la responsabilidad de los sujetos de control frente al derecho un absurdo.

Artículo 2º.- Para los efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas las siguientes:

Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.

Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.

Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia

y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.

Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.

Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.

Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.

Artículo 8º.- La Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de financiamiento destinados a actividades científicas y tecnológicas, que tengan por objeto proveer de recursos al particular contratista o a otra entidad pública, en una cualquier de las siguientes formas:

Reembolso obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado;

Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada;

Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son;

Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e intereses sólo surgen cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada.

Artículo 9º.- Para el desarrollo de las actividades científicas y tecnológicas previstas en este Decreto, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con personas públicas o privadas contratos de administración de proyectos.

Artículo 17º.- Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2o. de este Decreto.

d).- Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes.

El **Artículo 81, Decreto 2474 de 2008**, señala que es causal de contratación directa la no existencia de pluralidad de oferentes inscritos en el registro de proponentes, así lo dispone la norma:

“Se considera que no existe pluralidad de oferentes:

1.-Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP. Si bien cuando no exista en el registro de proponentes una sola persona natural o jurídica inscrita para ese objeto o actividad contractual concreta, la administración pública contratante, esta habilitada para proceder a contratar directamente con quien esté en capacidad de suministrar el bien o servicio o ejecutar

la prestación concreta, sin que esté inscrito en el registro de proponentes.

Se pregunta el autor, si basta con que se establezca que no existe un solo inscrito en una u otra determinada actividad contractual, en el registro de proponentes de la cámara de comercio con jurisdicción sobre el domicilio del oferente?. Como quiera que el registro de proponentes es válido en todo el territorio nacional, la respuesta es que necesariamente se trata de que no exista un solo inscrito en esa actividad en las distintas cámaras de comercio del país.

En la praxis, la norma establece una causal que es muy difícil de probarla, porque las cámaras de comercio si bien están reunificando la información, no existe una sola cámara de comercio del país que quiera expedir o acreditar semejante requisito.

2. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.

Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

En este caso, la entidad pública contratante procederá a contratar directamente el bien o servicio con una persona natural o jurídica que sea la titular de los derechos de la propiedad industrial o intelectual -derechos de autor-. Para ello es necesario que se pruebe la titularidad del derecho, y ello se hace con el acto administrativo correspondiente.

Si se trata de la titularidad de los derechos de propiedad industrial, encontramos que éstos podrían recaer sobre una marca, una patente de invención o un diseño industrial. Las marcas,

son para productos y servicios que se encuentran en oferta y demanda en el mercado- gaseosas postobon, servientrega-; mientras que las patentes de invención son para fórmulas químicas de productos industriales, medicamentos, alimentos, invención de equipos maquinarias- la formula química de la coca cola, la Pepsi cola, la Kola Roman, la formula química de la Amoxicilina, la invención de un equipo de tecnología que practica exámenes de diagnostico de cancer; y los diseños industriales son aquellos bienes y productos con diseños especiales que requiere patentar su forma, tales como el diseño del embase de coca cola.

La propiedad intelectual, es lo que se conoce como los derechos de autor, que tiene su titular en toda invención intelectual, tales como la autoría en una obra literaria escrita, de teatro, un poema, una canción, un software, los productos de estudios y diseños arquitectónicos y de ingeniería, los derechos sobre planos, maquetas, formulas financieras, proyectos etc.

Estos derecho se prueban, si son de propiedad industrial- marcas, patentes, diseño industrial-, con el acto administrativo expedido en Colombia por la Superintendencia de Industria y comercio, o por la oficina nacional competente del país de origen del producto; y si se trata de una propiedad intelectual se prueba con el correspondiente acto administrativo expedido por la Unidad Administrativa Especial de Derechos de Autor, adscrita al Ministerio del Interior.

Lo anterior, indica que la Entidad pública contratante para contratar el bien, producto o servicio directamente, en el estudio de oportunidad y conveniencia debe dejar constancia que el único que puede proveerlo es el sujeto con quien procederá a suscribir el contrato estatal directamente y lo prueba con los correspondientes actos administrativos. Lo anterior indica,

que si el titular del derecho produce el bien o servicio sobre el cual ejerce su titularidad o no lo comercializa a través de otros agentes del mercado y que tampoco ha otorgado licencias de uso o franquicias procederá la administración pública a contratarlo directamente; pero en el evento en que el producto sea comercializado a través de distintos agentes del mercado, la entidad tendrá que adquirirlo a través del procedimiento general y ordinario, vale decir, la licitación pública o la selección abreviada según el caso.

En materia de marcas de bienes y servicios por ejemplo, no podrá contratarse directamente el servicio de mensajería especializada en la medida en que si bien tiene el registro marcario de su empresa en particular, existen empresas de la competencia que igual prestan el mismo servicio y que tienen el registro marcario de los servicios que presta su compañía. En tratándose de medicamentos sobre los cuales recae igualmente los derechos de propiedad industrial e intelectual sobre la marca del antibiótico, el diseño industrial del empaque, la patente de invención de la fórmula química del producto y la propiedad intelectual sobre el procedimiento de medicina magistral de aplicación, no puede contratarse directamente porque existen muchos laboratorios que producen el mismo medicamento, con los mismos componentes químicos y que tienen la misma finalidad frente a la misma bacteria o virus o germen.

Para que se pueda contratar directamente, no basta con la acreditación del derecho de titularidad que incorpora el acto administrativo sobre la propiedad industrial o intelectual del bien servicio, invención diseño industrial o producto de creación intelectual respectivamente, sino que además se demuestre que en el mercado es el único proveedor. De allí que se sugiere, que si además del estudio de mercado que así lo determine, debe incorporarse una cláusula en

el contrato que estipule que el contratista declara bajo la gravedad del juramento que sobre el bien, producto o servicio no ha concedidos franquicias, concesiones, licencias de uso y que en todo caso su titular es el proveedor exclusivo, es decir, quien es el titular de los derechos de propiedad industrial e intelectual es el proveedor exclusivo.

Por último, la norma prevé como causal de contratación directa, aquellos bienes y servicios que por disposición de la ley, el contratista es el proveedor exclusivo. Se trata de aquellos casos en donde el proveedor exclusivo no es el titular de los derechos de propiedad intelectual e industrial, pero que el titular de estos derechos le da la representación exclusiva a nivel mundial a una persona natural o jurídica o en un país.

En estos casos, no es necesario adelantar un proceso de licitación pública o selección abreviada, si de todas maneras no existe posibilidad en el mercado de competir, si el único proveedor o es el producto de origen o su representante exclusivo, pero que en todo caso no existe otro proveedor distinto.

De allí, que por ejemplo si se trata de adquirir vehículos o maquinaria, este debe hacerse por los procedimientos generales y ordinarios, ya sea la licitación pública o la selección abreviada, en la medida en que distintas empresas son titulares de derechos de propiedad industrial e intelectual sobre vehículos que le prestan el mismo servicio a las entidades públicas, así en el país existan muchos representantes exclusivos por cada una de las marcas, pero en un proceso público como se trata de satisfacer una necesidad los distintos representantes exclusivos pueden ofrecer su bien a la Entidad pública. Este procedimiento está para aquellos bienes que son

producidos por una sola empresa y que no tienen competencia en su producción, es decir, no existen productos de la misma naturaleza y que lo que cambia son las marcas, se trata de productos y marcas únicas.

En tratándose de programas o software para equipos de computo, electrónicos y similares, debe tenerse en cuenta que si son programas básicos de funcionamiento de equipos como el office, programas de diseño, estos deben ser contratados por los procedimientos generales y ordinarios, esto es la licitación pública o la selección abreviada según el caso. Pero si se trata de programas o software especializados, para el manejo y administración de paquetes especiales, tales como administración de bases de datos como historias clínicas, programas especiales de salud etc, que han sido diseñados y contruidos para el manejo de información particular y especial, pueden ser adquiridos bajo la figura de proveedor exclusivo con titularidad de la respectiva licencia, y por tanto podrá contratarse directamente, pues en el mercado no existen proveedores similares, y si se ordena la apertura de un proceso de selección la competencia tendrá que de manera ex post diseñar el producto que requiere la Entidad. Es por ello que basta con que la Entidad pública haga el ensayo de prueba y certifique que el programa ofrecido cumple con las exigencias, necesidad y requerimientos de la Entidad, dejando constancia de ellos y proceder a contratarlo directamente.

e).- Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Los contratistas de prestación de servicios profesionales, tanto como los de apoyo a la gestión que tengan dentro de sus obligaciones intervenir, participar en la gestión de los contratos estatales en alguna de las fases precontractual, contractual o postcontractual, tales como emitir conceptos jurídicos, técnicos y financieros, realizar evaluaciones de las ofertas, integrar los comités de evaluaciones, de adjudicación de valoración o de revisión de requisitos previos, implica el ejercicio de funciones públicas o administrativas y por tanto son sujetos del derecho disciplinario, conforme a la reforma que introduce al artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2002, la Ley 1474 de 2011.

Artículo 82 del Decreto 2474 de 2008. *“Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”.

Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pueden ser suscritos tanto por personas naturales como por personas jurídicas, en donde se exige requisitos generales de experiencia, capacidad jurídica e idoneidad, de conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones y el estudio de oportunidad y conveniencia.

La capacidad jurídica hace relación a la aptitud legal para suscribir el contrato, esto es que no exista causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el contrato; la experiencia está determinada por aquella mínima requerida que se establece de la relación existente entre el objeto del contrato, las actividades a realizar y las obligaciones generales y específicas a adquirir con la experiencia del contratista; y la idoneidad está determinada por la acreditación legal para realizar la actividad, esto es que si el objeto del contrato es de aquello que de conformidad con el ordenamiento jurídico debe ser realizado por profesionales, técnicos y tecnólogos universitarios se acreditara con el documento idóneo que según cada profesión será con el acta de grado, Diploma, o tarjeta profesional, y si las actividades no son aquellas que constituyan el ejercicio de una profesión, sino que constituye un arte u oficio que se ejerce libremente, se puede acreditar a través del cumplimiento de las actividades en otros contratos, o través de certificaciones expedidas por centros formales o no formales de capacitación laboral.

Los contratos de prestación de servicios profesionales exigen entonces capacidad jurídica, experiencia e idoneidad, y recordemos que la Carta Política señala que en Colombia se es libre de ejercer arte, profesión u oficio de manera libre, a menos que la ley exija título de idoneidad. De allí, que este contrato es *intuitu personae*, es decir, se escoge el contratista directamente en razón a las especiales condiciones de la persona natural o jurídica, luego de haber verificado el

cumplimiento de los requisitos mínimos.

En cuanto al carácter *intuitu personae*, se tiene que tanto las personas naturales como jurídica en la propuesta y si los pliegos de condiciones así lo permiten, en el caso del contrato con personas naturales que el contratista previa autorización de la administración o según su liberalidad, conforme al pliego pueda aportar hojas de vida para que le colabore en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, o para sustituirlo en algunos de los eventos; y en los contratos con personas jurídicas desde luego la experiencia se predica tanto de la persona jurídica como de las personas naturales que vana a ejecutar el contrato, pero en todo caso conforme lo disponga el pliego de condiciones, la oferta y el contrato.

En cuanto a la remuneración de este contrato, se observa que el precio está determinado por el objeto del contrato, el conjunto de actividades a realizar, a los intereses de la administración en el cumplimiento del contrato conforme a la justificación señalada en el estudio de oportunidad y conveniencia, pues existe una relación entre los intereses de la administración incorporados en el objeto del contrato y su precio. Pero en ocasiones, existen servicios regulados por normas expedidas por las autoridades públicas, evento en el cual los servicios tendrán el valor establecido en pesos, actividad y unidad, pero esto es la excepción en tanto para el ejercicio de las profesiones liberales el Gobierno no establece por norma general tarifas regladas, sino que están sometidas al mercado.

Así mismo se observa que en ocasiones, las entidades públicas establecen primas de éxito en la cláusula de remuneración de éstos contratos, esto es, por ejemplo en los contratos de prestación

de servicios profesionales para la gestión profesional de negocios para el Estado, tal como el cobro de cartera que está sometida a un aleas de cobro, en donde establecen pago de honorarios en virtud de la cuantía recuperada y de acuerdo a la calificación de la cartera, si es de difícil cobro, si es por cobro persuasivo o cobro coactivo, o a través de gestión judicial a través de procesos ejecutivos.

Así mismo, teniendo en cuenta que existen ciertas actividades de importancia estratégica para las administraciones públicas, en ocasiones las administraciones públicas pactan gestión judicial son una remuneración fija, esto es, establece un valor del contrato indistintamente de los resultados de la gestión profesional, es decir, sin importar que la sentencia sea o no favorable para la administración, pero existen casos en donde los contratos se pueden pactar con una remuneración mixta, esto es, el pago de una suma por las actividades que le corresponda ejecutar al profesional contratado, pero igualmente dada la importancia del asunto, las administraciones pueden pactar primas de éxito en la gestión profesional consistente en que si se obtiene sentencia favorable para la administración debidamente ejecutoriada se pacta una suma sometida al áleas judicial de la decisión. Esto es que si la decisión es favorable se pagaría la suma pactada, evento en el cual cuando ya la decisión está ejecutoriada el pago está sometido a la previa disponibilidad presupuestal de la Entidad, como ocurre presupuestalmente con el pago de las sumas y condenas en contra del Estado, en donde una vez ejecutoriada es cuando surge la obligación del Estado de pagar la obligación conforme a sus disponibilidades presupuestales.

Los honorarios pactados a manera de prima de éxito guardan relación entre los intereses económicos de las administraciones públicas comprometidos en las actuaciones judiciales, los beneficios obtenidos y los efectos de la sentencia.

Los contratos de apoyo a la gestión son una modalidad de prestación de servicios, pero tienen la especificidad de que al ser para apoyar la gestión de la entidad, las obligaciones pueden pactarse dentro del horario en que la Entidad realiza la gestión, y la idoneidad tiene el alcance y la dimensión de consistir en que si la gestión es operativa, administrativa o técnica y para ello no se exige acreditación de estudios formales, basta con que la acredite por cualquier medio que demuestre su competencia para desarrollar la actividad.

La novedad legislativa es que el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, al referirse a la responsabilidad de los interventores, señala que éstos responderán junto con los asesores externos en materia penal, fiscal y disciplinaria. Lo anterior indica que armonizado el artículo 44 con el artículo 82 de la misma Ley 1474 de 2011 con el artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2011, llegamos a la conclusión que cuando los contratistas estatales de prestación de servicios tengan como objeto la asesoría jurídica, económica, financiera y técnica, el contratista cuando es persona natural o siendo persona jurídica el representante legal y los miembros de la junta o consejo directivo, son sujetos del derecho disciplinario.

f).-Arrendamiento y adquisición de inmuebles.

Debe tenerse en cuenta que el Estado para satisfacer sus necesidades y prestar los servicios a cargo en desarrollo de su función misional, en ocasiones requiere de bienes inmuebles, ya a título de compra venta o de arrendamiento.

Si se trata del contrato de arrendamiento, cuando la administración requiera contratar en calidad de arrendatario de un inmueble que requiere para prestar su servicio, debe proceder a contratarlo directamente con sujeción a las condiciones del mercado. Para ello, debe contar con un estudio de justificación, oportunidad y conveniencia en el que debe señalar la necesidad que pretende satisfacer, la justificación del plazo, del valor del canon de arrendamiento, la disponibilidad presupuestal, y el correspondiente estudio de título a fin de revisar los antecedentes del bien, esto es si la persona con quien suscribe el contrato tienen capacidad para tal fin, así como el análisis de los gravámenes, inscripciones y registros de demandas de pertinencia, sucesión embargos, valorizaciones pendientes a fin de evitar traumatismos durante la ejecución del contrato que impidan la tenencia y destinación del bien a la finalidad pública que debe cumplir.

Así mismo, el contrato debe contener una estipulación que prohíba la renovación automática, sin que concurra la voluntad expresa de la administración por que sería ilegal que se prorrogara sin previa disponibilidad presupuestal, es por ello que en caso de o pactar renovación automática sin manifestación expresa de la administración, debe someterse al menos a la previa expedición de la disponibilidad presupuestal de manera previa a la prórroga.

En relación a la compraventa del bien inmueble, esto es el Estado comprador, debe tenerse en cuenta que el Estado debe para proceder a comprar directamente los bienes inmuebles que requiera lo siguiente:

Las autorizaciones de las autoridades correspondientes. Esto es, para los municipios las autorizaciones de los concejos municipales, para los departamentos la autorización de la asamblea, para las entidades nacionales la autorización en la ley del plan de desarrollo o en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de cada año, o en leyes especiales, y las autorizaciones de los planes de ordenamiento territorial, o de las juntas o consejos directivos de las empresas o entidades descentralizadas.

El precio debe ser negociado con fundamento en el avalúo comercial que contrate únicamente la Entidad pública compradora, ya sea con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con la autoridad catastral municipal o distrital mediante contrato interadministrativo suscrito directamente, o también el mencionado avalúo comercial puede ser contratado a elección de la Entidad con una persona natural o jurídica- sociedad mercantil o lonja de propiedad raíz-, que se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores, en este último caso se contrata según la cuantía previo concurso de méritos o mediante contratación directa si se trata de la mínima cuantía.

El avalúo comercial tiene vigencia de un año, contado a partir de que quede en firme.

La Administración compradora debe realizar un estudio sobre distintas alternativas en el sector, esto es, buscar varios inmuebles en el sector que reúnan los requisitos y tengan las características que requiera la administración, a fin de lograr buscar aquel que preste el mismo servicio, reúna las condiciones y características requeridas y que se pueda

adquirir a menor costo. En el estudio de oportunidad y conveniencia debe dejarse constancia de este estudio de distintas alternativas, pero también si luego de buscar otras alternativas no se encontraron.

La administración debe contar con la disponibilidad presupuestal previa, a la suscripción de la promesa de compra venta o de la escritura pública sino no se suscribió la primera, y el registro presupuestal es posterior al acto de inscripción del negocio jurídico en el folio de la matrícula inmobiliaria, y el pago total se hará una vez se acredite el certificado de tradición y libertad.

La administración compradora, previa disponibilidad presupuestal, puede suscribir promesa de compraventa y en ella estipular el pago previo de algún porcentaje del precio del bien inmueble, evento en el cual se hacen dos registros presupuestales, uno para cumplir con el pago pactado en la promesa de compraventa y el otro luego de la suscripción y registro de la correspondiente escritura pública de compraventa, donde se hará el pago faltante. En este caso la Entidad exigirá las garantías para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de dar adquiridas.

Debe verificarse la inexistencia de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses en los intervinientes en la negociación, en razón a que tanto concejales, como diputados, congresistas, miembros de la juntas o consejos directivos o servidores públicos de la entidad compradora podrían estar incurso en causales de impedimento en las actuaciones de adquisición si son propietarios, tienen derechos herenciales o

litigiosos en ellos, tienen sociedades de hecho con quienes surten la negociación etc.

Lo relevante para el derecho disciplinario, en este caso son dos elementos: El primero guarda relación con la exigencia de los requisitos formales para la negociación, y lo segundo con la sustancialidad del negocio jurídico, esto es, que la administración pública efectivamente compre los bienes inmuebles que necesite y requiera; que lo compre a precios del mercado sin que en ello haya detrimento patrimonial, es decir, que pague mas de lo debido en el negocio jurídico, o que adquiera un bien donde el propietario no se haya comprometido a sanearlo de vicios ocultos, gravámenes, hipotecas, con pleitos pendientes de pertenencias etc.

Es importante señalar que la generalidad es que las administraciones públicas, no sean expertas en adquisición frecuente de predios para el cumplimiento de su objeto misional, sino que esta actividad es ocasional, existen otras que por su naturaleza son expertas en adquisición predial ya sea mediante negociación directa, o mediante enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial, previa declaración de utilidad pública y de declaración de urgencia en los casos de expropiación voluntaria.

En el primer caso, en los eventos en donde la actividad de adquisición predial es ocasional, como los municipios, departamentos, distritos y secretarías de educación para la construcción de instituciones educativas, cualquiera otra entidad para el funcionamiento de sus oficinas, o de prestación de servicios al público. En estos casos se observa que, por disposición de la ley, la Entidad pública debe contratar la realización de un avalúo, ya sea a través del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o con una persona natural, jurídica- de derecho privado con

ánimo de lucro-, o con las lonjas de propiedad raíz, todas inscritas en el Registro Nacional de Avaluadores. En este caso, si la entidad cuenta con un experto en avalúos de inmuebles en su planta de personal, podría designarlo interventor del contrato mediante acto administrativo, cuyos deberes se contraen a revisar el avalúo presentado por el contratista, y a objetarlo o impugnarlo para que se revise en los eventos en que se encuentre sobre-facturado.

Si la administración no cuenta con el experto en su planta, debe contratar un interventor particular ajeno en la Entidad, para que ejerza la revisión e impugnación y objeciones a los avalúos en los eventos en que fuere necesario.

En los casos en que las Entidades públicas adquiera predios con frecuencia, tales como algunos municipios, distritos, departamentos, el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C; el Instituto Nacional de Vías- INVIAS, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO-, entre otros, encontramos que hay toda una experticia en adquisición de bienes, ya sea por negociación directa ara bienes que están en el comercio, y para aquellos declarados motivo de utilidad pública existe toda una experiencia en adquisición de predios por vía de enajenación voluntaria y de expropiación judicial y previa declaración de urgencia manifiesta, mediante expropiación por vía administrativa.

En estos casos, existe servidores públicos y contratistas de apoyo a la gestión expertos que podrán ser designado si sus funciones y obligaciones lo permiten en interventores de os contratos de avalúos celebrados; pero si la Entidad pública o no cuenta que el número de expertos suficientes por el número de avalúos a revisar, o porque no cuenta con ellos, la

Entidad debe contratar con terceros expertos la interventoría a los contratos de avalúos celebrados con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o con las personas naturales, jurídicas privadas o las lonjas de propiedad raíz, dado el carácter protector de los recursos públicos, pues del avalúo depende el pago que hace la administración del bien inmueble que adquiere.

Lo anterior, por cuanto el ordenador del gasto contractual en la adquisición del predio no es experto en avalúos y si lo fuera no le corresponde la revisión del avalúo, dado el principio de especialización y de división del trabajo, y la naturaleza de las competencias administrativas al interior de la administración. De allí, que en desarrollo del principio de confianza y los deberes de los servidores públicos y a las obligaciones adquiridas en los contratos tanto de los evaluadores como de los interventores, la administración pública una vez en firme el avalúo comercial del inmueble no tendría porque dudar de la veracidad, legitimidad, y legalidad de un avalúo realizado por expertos, con deberes y obligaciones de sujeción contractual con la administración, y la verificación, y aprobación del avalúo por parte de los interventores particulares o servidores públicos.

De allí que es clave para el patrimonio público y la legalidad de la negociación en la adquisición predial, el avalúo comercial del inmueble objeto de compra, pues de él se deriva la compra a precios del mercado o por encima de él. En ocasiones el órgano de control penal, disciplinario y fiscal atribuye responsabilidad a los representantes legales, jefes de organismos o directivos de la Entidad responsables de la adquisición predial, cuando esto es posible si existe prueba de una coautoría en la conducta irregular, esto es que el servidor público participó por vía de acción u omisión en el ilícito, esto es consintió de manera expresa en la compra con un avalúo que se le advirtió estaba sobrefacturado, y no hizo lo necesario y suficiente para evitar el

detrimento patrimonial. Es decir, en penal esta acción u omisión debe ser por vía del dolo, a menos que se configure un peculado culposo, en derecho disciplinario debe ser por dolo o culpa gravísima, a menos que se pruebe una culpa grave o leve, y en derecho de la responsabilidad fiscal debe ser dolosa o con culpa grave.

Como se observa, lo transversal es el dolo, es decir, debía tener conocimiento previo de que el avalúo estaba sobre facturado para que sea sujeto de la responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria. La culpa debe ser analizada desde la perspectiva del principio de confianza y de las competencias, división del trabajo y especialización del mismo, esto es, se debe mirar las funciones de los servidores públicos en materia de avalúos, y si estas están previamente establecidas, identificadas y se adoptaron los controles necesarios para la revisión de los avalúos por parte de los servidores públicos o contratistas de apoyo a la gestión o de los asesores externos profesionales especializados, o de los interventores externos particulares, no habrá culpa en ninguno de sus grados de los servidores públicos de la Entidad, pues esta se va individualizando en los interventores ya sean los servidores públicos o los particulares terceros a la Entidad.

Es que sería un absurdo que los órganos de control le exijan a los directivos de una Entidad la experticia en avalúos, pues no tiene el conocimiento necesario para establecer si su valor corresponde o no los del mercado, pues para ello los contrata con expertos y designa expertos interventores y el producto final que es el avalúo en firme le tiene que creer. Debe exigírsele sí la adopción de medidas de control a fin de garantizar y al mismo tiempo evitar sobrefacturación en los avalúos.

De allí, que los actos administrativos de designación de servidores públicos interventores de contratistas de avalúos deben recaer sobre expertos en el sector y si no existe debe el ente público contratar un externo experto. Así mismo los actos administrativos de designación de interventores y los contratos de interventoría de avalúos celebrados con terceros deben contener deberes y obligaciones respectivamente, en relación a la autenticidad del avalúo, y de su conformidad con los precios del mercado. Por ello, los avalúos realizados por los peritos evaluadores deben ser revisados, inspeccionados y revisados por los interventores en el que deben revisar y verificar ojalá in situ; las áreas, el valor del metro cuadrado, la destinación del bien, esto es si es comercial, mixto o de vivienda, su carácter urbano o rural, la verificación de las condiciones materiales que se constituyen en causa eficiente del perjuicio, el estudio de título, la existencia de gravámenes, impuestos prediales, contribuciones de valorización inscritas, demandas de pertenencia, derechos litigiosos, sucesiones en curso etc, a fin de tener la dimensión real del negocio.

Los interventores deben impugnar, los avalúos comerciales tanto para la negociación directa, como para la enajenación voluntaria, expropiación judicial o administrativa, cuando estimen que el avalúo contiene datos inexactos, falso irregulares, contrarios a la realidad del mercado, tales como errores en las áreas, estrato, valor del metro cuadrado, pisos, destinación, ubicación etc.

Lo importante es señalar, que los documentos base con los que se hacen los avalúos, son productos en ocasiones de registros topográficos que hacen los consultores de diseños para las obras públicas, lo que en ocasiones contiene los datos necesarios para el contratista constructor

del proyecto, pero no para la realización del avalúo, es por ello que es importante que el perito avaluados realice los avalúos con previa verificación de los datos en el área de ubicación del inmueble, y luego el interventor haga lo mismo para dejar constancia de ello, pues en el mundo de la responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria son constancias que se traducen en prueba que desestructuran el dolo o la culpa en cualquiera de sus modalidades.

De allí, que el principal vinculado en un proceso penal o fiscal por adquisición de predios por parte de las entidades públicas, por causa de avalúos sobrefacturados debe ser el perito avaluador y quienes ofician de interventores, que son los que verdaderamente inducen a la administración a adquirir un predio por encima de los precios del mercado, de allí en adelante se vinculara desde el punto de vista disciplinario, penal y fiscal solo a los servidores públicos a quienes se les pruebe la coautoría porque tenían conocimiento de la conducta o a quienes por competencia atribuida por norma jurídica expresa no adoptaron las medidas de control de calidad de los mencionados avalúos.

De otra parte, las Entidades de control debe tener en cuenta que si se trata de negociación directa de bienes inmuebles en el mercado, la Entidad pública debe adquirir el bien por un valor que corresponde al área, multiplicada por el metro cuadrado, descontando los impuestos a favor de la entidad compradora. Pero si se trata de enajenación voluntaria o de expropiación judicial o administrativa, debe tenerse en cuenta que además del valor físico del inmueble, esto es el valor del metro cuadrado multiplicado por el área, debe tasarse los perjuicios recibidos con ocasión de la declaración de utilidad pública, con fines de expropiación, pues recordemos que se trata de la enajenación de derecho de la propiedad, por lo que el artículo 58

constitucional dispone que se puede expropiar pero con previa indemnización, lo que implica que en esos casos además del valor del bien, debe tasarse el daño emergente y lucro cesante, esto es lo dejado de percibir y lo que se sale del patrimonio por causa de la enajenación voluntaria, expropiación judicial y administrativa.

Por último, es pertinente señalar que es deber tanto de los servidores públicos, como de los particulares, como de los interventores y de los mismos valuadores, de formular las denuncias penales, fiscales y disciplinarias cuando observen cualquier irregularidad en algún proceso de adquisición predial, en especial en lo que se trate de avalúos comerciales. Así mismo, se hace necesario señalar que ojalá nuestro Código de Procesal Civil establezca como requisito para configurar la lista de auxiliares de la justicia la acreditación de la condición de peritos valuadores inscritos en el Registro Nacional de valuadores, con ellos los avalúos judiciales decretados por el juez recae en expertos; pero en ocasiones la designación de peritos valuadores recae en auxiliares de la justicia, ajenos al sector acreditado.

El Artículo 83, Decreto 2474 de 2008. [Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 3576 de 2009.](#)

“Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes de reforma urbana y reforma agraria, las entidades estatales podrán adquirir, previas las autorizaciones a que haya lugar, bienes inmuebles mediante negociación directa.

Para efectos de la adquisición de inmuebles, las entidades estatales solicitarán un avalúo comercial que servirá como base de la negociación. Dicho avalúo podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.

De igual manera, la entidad pública adquirente deberá realizar un estudio previo, que contemple diferentes

alternativas en el sector, en el evento que en el mismo se encuentren inmuebles de similares características, caso en el cual deberán ser comparadas para elegir la de menor costo de acuerdo a las características técnicas requeridas.

En relación con el contrato de arrendamiento, la entidad pública observará lo previsto en el artículo 46 del presente decreto respecto al procedimiento de contratación allí señalado.

Parágrafo. Se entiende que la causal a que se refiere el literal i) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, comprende la posibilidad para la entidad estatal de hacerse parte de proyectos inmobiliarios, prescindiendo del avalúo a que se refiere el presente artículo, debiendo en todo caso adquirir el inmueble en condiciones de mercado”.

El artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, modifica el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así:

“Maduración de Proyectos....Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios, diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto, su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

Parágrafo 1. Para efectos de decretar su expropiación, a demás de los motivos determinados en otras leyes vigentes, declárese de utilidad pública o interés social los bienes inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte.

Para estos efectos, el procedimiento para cada proyecto de infraestructura de transporte diseñado será el siguiente:

1.- La entidad responsable expedirá una resolución mediante la cual determine de forma precisa las coordenadas del proyecto.

2.- El Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC o la entidad competente según el caso, en los dos (2) meses siguientes a la publicación de la resolución de que trata el numeral anterior, procederá a identificar los predios que se ven afectados por el proyecto y ordenará registrar la calidad de predios de utilidad pública o interés social en los respectivos registros catastrales y en los folios de matrícula inmobiliaria, quedando dichos predios fuera del comercio a partir del mencionado registro.

3.- Efectuado el Registro de que trata el numeral anterior, en un término de seis (6) meses el IGAC o la entidad competente, con cargo a recursos de la entidad responsable del proyecto, realizará el avalúo comercial del inmueble y lo notificará a ésta y al propietario y demás interesados acreditados.

4.- El avalúo de que trata el numeral anterior, deberá incluir el valor de las posesiones de las hubiera y de las otras indemnizaciones o compensaciones que fuera del caso realizar, por afectar dicha declaratoria el patrimonio de los particulares.

5.- El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para determinar el valor del precio de adquisición o precio indemnizatorio que se reconocerá a los propietarios en los procesos de anajenación voluntaria y expropiación judicial y administrativa, teniendo en cuenta la legalización, las condiciones físicas y jurídicas y las destinación económica del inmueble.

6.- Los interesados acreditados podrán interponer los recursos de ley en los términos del Código Contencioso Administrativo contra el valor del IGAC o de la entidad competente.

7.- En firme el avalúo, la entidad responsable del proyecto o el contratista si así se hubiere pactado, pagará dentro de los tres (3) meses siguientes, las indemnizaciones o compensaciones a que hubiere lugar. Al recibir el pago el particular, se entiende que existe mutuo acuerdo en la negociación y transacción de posibles indemnizaciones futuras.

8.- Efectuado el pago por mutuo acuerdo, se procederá a realizar el registro del predio a nombre del responsable del proyecto ratificando la naturaleza del bien como de uso público e interés social, el cual gozará de los beneficios del artículo 63 de la Constitución Política.

9.- De no ser posible el pago directo de la indemnización o compensación, se expedirá un acto administrativo de expropiación por parte de la entidad responsable del proyecto y se realizará el pago por consignación a órdenes del juez o tribunal contencioso administrativo competente, acto con el cual quedará cancelada la obligación.

10.- La resolución de expropiación será el título con fundamento en el cual procederá al registro del predio a nombre de la entidad responsable del proyecto y que, como bien de uso público e interés social, gozará de los beneficios del artículo 63 de la Constitución Política. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de las personas objeto de indemnización o compensación a recurrir ante los jueces contencioso administrativos el valor de las mismas en cada caso particular.

11.- La entidad responsable del proyecto deberá notificar a las personas objeto de la indemnización o compensación, que el pago de la misma se realizó. Una vez efectuada la notificación, dichos sujetos deberán entregar el inmueble dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

12.- En el evento en que las personas objeto de indemnización o compensación no entreguen el inmueble dentro del término señalado, la entidad responsable del proyecto y las autoridades locales competentes deberán efectuar el desalojo dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para la entrega del inmueble.

13.- El presente párrafo también será aplicable para proyectos de infraestructura de transporte que estén contratados o en ejecución al momento de expedición de la presente ley.

Parágrafo 2.- El avalúo comercial del inmueble requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, en la medida en que supere en un 50% el valor del avalúo catastral, podrá ser utilizado como criterio para actualizar el valúo catastral de los inmuebles que fueren desenglobados como consecuencia del proceso de enajenación voluntaria o expropiación judicial o administrativa.”

g).- Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional.

Antes de la expedición de la reforma contenida en la Ley 1150 de 1007, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en su literal 4º contenía una redacción desafortunada, en tanto ofrecía una doble interpretación: Una que las administraciones públicas podían contratar con los organismos multilaterales aquellos proyectos donde haya cooperación, sin importar el porcentaje de cooperación en dinero o especie, y que se podría pactar que la ejecución de los

mencionados proyectos y recursos se realizara por el reglamento del organismo multilateral.

Esta interpretación en los casos en que se aplicó, permitió la ejecución de recursos con los organismos multilaterales, en donde la cooperación se realizaba en asistencia técnica, científica, tecnológica, capacitación en porcentajes que llegaron a ser en ocasiones el 1% del total de los recursos, pero que también la ejecución del convenio se realizaba con sujeción al reglamento del organismo multilateral y cuando este no tenía un reglamento contractual propio se remitían al derecho privado. Así mismo, ofrecía la dificultad que al investigar penal, fiscal y disciplinariamente, el servidor público encontraba obstáculo en la medida en que para acceder a cierta información debía hacerlo a través de trámites diplomáticos al ser organismo protegidos con el mencionado fuero. En ocasiones, se contrataban unos objetos contractuales que no hacían parte de la descripción directa y principal del organismo.

La otra interpretación, que aplicaban los organismos de control disciplinario, hacía relación a que las entidades públicas podían acudir a los organismos multilaterales a través de convenios, donde existiera una verdadera cooperación expresa en recursos económicos y de asistencia técnica, científica, tecnológica; pero que la ejecución de los mencionados proyectos tenían que someterse al Estatuto General de Contratación Estatal sin importar el porcentaje de cooperación en dinero o en especie, y que debían cumplir con el requisito de especialidad, esto es que haya relación de identidad entre el objeto del contrato y el objeto social del organismo multilateral, y que Colombia solo podía renunciar a su derecho interno para darle paso a la aplicación de los reglamentos de los organismos multilaterales cuando el objeto del convenio fuera el de un contrato de empréstito o donación, interpretación que fue avalada mediante

Sentencia C-249 de 2004 de la Corte Constitucional, siendo Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería, y demandante Humberto Sierra Porto, en su condición de Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

El panorama anterior, constituyó la exposición de motivos del legislador para regular el instituto en la ley 1150 de 2007 y reglamentarla en el decreto 2474 de 2008, de una forma unívoca así:

Artículo 20 de la Ley 1150 de 2008:

ARTÍCULO 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Del inciso anterior, se obtiene que las Entidades colombianas cuando suscriban contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales ya sea en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% del respectivo contrato, las Entidades públicas podrán pactar que su ejecución podría someterse al reglamento del organismo multilateral y no al Estatuto General de Contratación Pública colombiano. Si por el contrario la financiación del organismo multilateral es inferior al 50% del contrato, esto

es que mayoritariamente es financiado con recursos nacionales, entonces es obligatorio pactar que la ejecución del mencionado instrumento contractual se hará con sujeción a la ley de los contratos públicos en Colombia.

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. El subrayado es fuera de texto.

Son los casos específicos en que la Entidad pública colombiana, por disposición expresa puede pactar en los contratos o convenios que la ejecución puede someterse a los reglamentos de los organismos multilaterales, dado el carácter de cooperación internacional en programas de apoyo, asistencia técnica, científica, jurídica, de derechos del trabajador, asistencia humanitaria y de educación.

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

PARÁGRAFO 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán

someterse a las reglas de tales organismos.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

PARÁGRAFO 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.

Artículo 85 del Decreto 2474 de 2008.

“Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren con recursos públicos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. En el evento en que el monto del aporte de fuente nacional o internacional se modifique o cuando la ejecución efectiva de los aportes no se realice en los términos inicialmente pactados, las entidades estatales deberán modificar los contratos o convenios, de tal manera que se de cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior.

Los recursos que se generen en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales hace referencia el inciso 1° del presente artículo no computarán para efectos de determinar los porcentajes allí dispuestos.

Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados

internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso. En los demás casos, los contratos o convenios en ejecución al momento de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007 continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos.

Parágrafo. Los convenios a que hace referencia el presente artículo deberán tener relación directa con el objeto del organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacional que se contemple en su reglamento o norma de creación”.

h) Obligaciones de las entidades estatales que contratan con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Artículo 86 del Decreto 2474 de 2008.

“Las obligaciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003 deberán ser cumplidas por las entidades que contratan con sujeción al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en los procesos de contratación, siempre y cuando el valor del contrato no sea inferior al 10% de la menor cuantía.

La consulta del CUBS y del precio indicativo se incluirá como parte del análisis realizado por las entidades en desarrollo del numeral 4 del artículo 3° del presente decreto.

El artículo 13 , 14 y 15 del Decreto 3512 de 2003, Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, dispuso:

“Artículo 13. Obligaciones de las entidades estatales que contratan con sujeción a la Ley 80 de 1993. Las entidades estatales que contratan con sujeción a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Inscripción. Las entidades se vincularán al SICE, de acuerdo con el plan de ingreso progresivo establecido por el Comité para la Administración del SICE y a las instrucciones publicadas en el Portal del SICE. Surtido este trámite, el Operador entregará al representante legal el password, según los procedimientos determinados en el Portal;

b) Elaboración de planes de compras. A partir de la fecha de ingreso de las entidades al SICE, estas deberán elaborar, registrar y actualizar sus respectivos planes de compras en el Portal del SICE, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas;

c) Exigencia del certificado de registro. Las entidades deberán exigir en los procesos contractuales de cuantía superior a 50 smmlv, que el proveedor reverencie en su oferta el número de certificado de registro del bien o servicio ofrecido, generado por el Portal del SICE. Adicionalmente, las entidades deberán verificar dicho registro mediante la respectiva consulta en el Portal;

d) Consulta del CUBS y del precio indicativo. Los representantes legales de las entidades con el fin de conocer los precios indicativos de los bienes y servicios codificados hasta nivel de ítem en el CUBS, y evitar los sobrecostos en la contratación, deberán consultar el CUBS y los precios indicativos, como requisito previo a la adjudicación. Esta obligación se aplica para los procesos contractuales cuya cuantía sea superior a 50 smmlv;

e) Registro de contratos. Las entidades deben registrar en el portal del SICE, dentro de los primeros cinco días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, los contratos perfeccionados y legalizados en el mes inmediatamente anterior, cuya cuantía sea superior a 50 smmlv. Esta obligación deberá cumplirse por parte de las entidades a partir del mes siguiente a su inscripción. La entidad deberá registrar, en el Portal del SICE, la información básica de las compras efectuadas, diligenciando el formato que se encuentra disponible para tal efecto;

f) Publicación de contratos. La publicación de los contratos, realizada por las entidades de acuerdo con las disposiciones legales que rigen la materia, deberá contener los precios unitarios y los códigos de acuerdo con el

CUBS. La obligación de registro de contratos se entenderá cumplida cuando se publiquen en la Imprenta Nacional y otros medios de publicación estatales. En caso de que los mecanismos para la publicación de los contratos estatales ordenada por la ley, no permitan publicar los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra adquiridos de conformidad con el CUBS, esta información se registrará directamente en el Portal del SICE.

Parágrafo. Cuando el estudio de precios del mercado basado en información del SICE no incluya las características especiales de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra a adquirir, la entidad, además de la consulta en el SICE, podrá efectuar los estudios de mercado adicionales que considere necesarios.

Artículo 14. Obligaciones de las entidades y particulares que manejan recursos públicos con régimen especial de contratación. Las entidades y particulares con régimen especial de contratación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Inscripción. Las entidades y particulares se vincularán al SICE, de acuerdo con el plan de ingreso progresivo establecido por el Comité para la Administración del SICE y a las instrucciones publicadas en el Portal del SICE. Surtido este trámite, el Operador entregará al representante legal el password, según los procedimientos determinados en el Portal;

b) Registro de contratos. Las entidades y particulares deberán registrar en el Portal del SICE, dentro de los primeros cinco días hábiles de l mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, los contratos celebrados en el mes inmediatamente anterior, cuya cuantía sea superior a 50 smmlv. Esta obligación, deberá cumplirse por parte de las entidades y particulares, a partir del mes siguiente a su inscripción.

Artículo 15. Obligaciones de los proveedores. Los proveedores que pretendan suministrar bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, a los organismos que conforman la administración pública y a los particulares o entidades que manejan recursos públicos, deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Inscripción. Los proveedores se vincularán al SICE de acuerdo con las instrucciones publicadas en el Portal.

Surtido este trámite, el operador entregará al representante legal del proveedor, el password;

b) Registro de precios de referencia. Los proveedores deberán registrar en el RUPR, los precios de referencia de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, que estén en capacidad de ofrecer a la administración pública, a los particulares o entidades que manejan recursos públicos, en los términos y condiciones establecidos en el Portal del SICE;

c) Informar el número del certificado de registro. Los proveedores deberán referenciar en sus ofertas, en los procesos contractuales de cuantía superior a 50 smmlv, el número del certificado de registro en el RUPR de cada bien o servicio de uso común o de uso en contratos de obra, el cual es generado por el SICE;

d) Abstenerse de introducir información falsa o registrar precios artificiales, con el fin de distorsionar los precios de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra y, en general, evitar cualquier conducta que tienda a alterar el Sistema.

Parágrafo. Los proveedores cumplirán las obligaciones a que se refiere este artículo, solo cuando participen en procesos contractuales realizados por aquellas entidades que hayan ingresado al SICE”.

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

En este caso, las Entidades públicas están habilitadas legalmente para contratar encargos fiduciarios aplicando la excepción al régimen general que dispone que toda fiducia o encargo fiduciario público debe contratarse por el procedimiento de licitación pública. En estas circunstancias la norma autoriza hacerlo mediante el procedimiento de contratación directa, en

los casos en que el objeto del encargo fiduciario sea la administración de recursos que le transfiera el gobierno nacional, como medida de apoyo y estímulo fiscal a las entidades territoriales que se acogieron a los Acuerdos de Reestructuración de pasivos u obligaciones, y a los ajustes fiscales a través de la reestructuración de su planta de personal, a través de convenios de desempeño previsto en la ley 617 de 2000.

La medida busca aislar los recursos del manejo ordinario de la ejecución presupuestal del ente territorial, de tal manera que sea la fuente de financiación y pago de las obligaciones adquiridas e incumplidas por parte de los entes territoriales y que se encuentren en el listado de cuentas pendientes por pagar, ya sea a través de facturación aceptada por la Entidad territorial o por orden judicial de embargos de los jueces de la República. Así mismo, es fuente de pagos de las obligaciones del ente territorial con los servidores públicos con quien tenga obligaciones laborales pendientes de pagos y de otras que se origina en la reestructuración de la planta de personal.

La profesora MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO, considera que la contratación directa no es un procedimiento excepcional de contratación, por cuanto ello da la idea que aquello que está excluido de la regla común no sirve para cumplir con los fines o el objetivo buscado por la regla general. La Contratación directa entonces, es otro modo de seleccionar objetivamente un oferente, debiéndose por ello cumplir cabalmente con todos y cada uno de los principios de transparencia, responsabilidad, economía, publicidad, eficacia, eficiencia consagrados en el ECE y la Constitución Política y por ende aplicable a todo el que ejerza gestión pública contractual esté regida o no por la Ley 80 de 1993.

En este sentido, la contratación directa debe entenderse como otro procedimiento para lograr exactamente los mismos objetivos propuestos por la licitación pública para la realización de contrataciones exitosas. La concepción de que la contratación directa es un procedimiento excepcional ha conducido a pensar que la contratación directa es el escenario sospechoso del ejercicio de la función pública, nacida del entendimiento errado de que la contratación directa es la excepción a la licitación pública y por ello un espacio para la discrecionalidad y la inexistencia de regulaciones claras y precisas para la selección del contratista estatal. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, existe disconformidad entre la Profesora Palacio Jaramillo y el Profesor Expósito Vélez, pues este último considera que la contratación directa es un procedimiento excepcional de contratación, aunque añade que se requiere el cumplimiento de los principios contractuales previstos en la Ley.

En mi sentir, le asiste razón a la Dra. Palacio Jaramillo cuando considera que la contratación directa es otro procedimiento de contratación estatal que busca los mismos fines que la Licitación o concurso público, pero con formalidades distintas en razón a la regulación que hace el ECE y sus normas reglamentarias de este procedimiento que es más abreviado. Lo excepcional no es la institución de la contratación directa como tal que tiene que cumplir con todos los principios de contratación, sino la aplicación del procedimiento en tanto no se adelanta en las mismas etapas formales previstas por el ECE, pero que con procedimientos y términos distintos tiene que garantizar y perseguir los mismos principios generales del ECE. Si la administración pudiendo contratar directamente decide hacerlo por licitación o concurso, no

habrá violado norma alguna, pero en todo caso deberá aplicar el procedimiento previsto en el ECE ya que este garantiza con creces el principio de publicidad, libre concurrencia, igualdad de oportunidades para participar y escoger la propuesta mas ventajosa a la entidad pública.

Ahora bien, si la administración declaró desierta la Licitación pública o concurso de méritos, el procedimiento a seguir es la convocatoria pública que es un procedimiento de contratación directa, pero puede la administración modificar los pliegos de condiciones o términos de referencia en cuanto a los criterios de adjudicación fijando unos mas flexibles sin que se afecte la calidad y las condiciones mínimas requeridas en el pliego inicialmente expedido, cuando quiera que contengan requisitos sobredimensionados de difícil ofrecimiento por parte de los proponentes, ya sea porque el mercado nos los ofrece, o porque el precio fijado por el mismo es inferior.

La Contratación directa procede de conformidad con el artículo 24, numeral 1°, en todos los casos de menor cuantía determinada en razón al presupuesto de cada entidad pública expresada en salarios mínimos; en los casos de contratos de empréstitos; en los interadministrativos con excepción del contrato de seguros; en los de prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; los de arrendamientos o adquisición de inmuebles; urgencia manifiesta; en los casos de declaración de desierta de la licitación o concurso; cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de

referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación; los contratos para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional; cuando no exista pluralidad de oferentes; los productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de los servicios de salud; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta. Así mismo, existen contratos de mayor cuantía que se adjudican por el procedimiento de contratación directa, por disposición de leyes especiales como lo señalamos antes.

En materia de contratación directa, la última reglamentación es la del Decreto No.3576 del 17 de septiembre de 2009 que modificó parcialmente los Decretos No.2474 de 2008 y 2025 de 2009. Cabe recordar, que gran parte de las normas del casi derogado en su totalidad, Decreto No.2170 de 2002, modificaron el Decreto No.855 de 1994, considerado el estatuto de contratación estatal directa, pero que además introdujo algunas reglamentaciones a los contratos en general y al procedimiento de la licitación o concurso público, fueron derogadas por el Decreto No.066 de 2008, el que a su vez fue derogado por el Decreto No.2474 ya mencionado.

Señala, entre otras cosas, el mencionado Decreto No.3576, que el procedimiento de selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios a los que se refiere el presente artículo, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad, será el de subasta inversa, que para efectos del presente parágrafo corresponde a la adjudicación del

contrato al mejor postor; la que se registrará exclusivamente por las siguientes reglas.

Una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, Y con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la Entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de su página web, o en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público. La escogencia recaerá sobre aquella oferta con el precio más bajo, siempre que se encuentre en condiciones de mercado y satisfaga las necesidades de la entidad. De igual manera se procederá si sólo se presenta una sola oferta. En caso de empate la entidad requerirá a los empatados a presentar nueva oferta económica.

La Entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes que serán verificados únicamente en el oferente con el precio mas bajo. En caso que éste no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que éste tampoco cumpla, se verificarán las de quien presentó el tercer menor precio y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado. En todo caso, la oferta deberá encontrarse en condiciones del mercado y satisfacer las necesidades de la entidad. De no lograrse lo anterior, se repetirá el proceso de selección.

En este procedimiento no será necesario contar con la ficha técnica a que se refiere el artículo 20 del presente decreto, ni se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP, ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso primero del artículo 8 del Decreto No.4828 de 2008.

El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico y que con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad dejará constancia escrita de los trámites realizados, tomando las medidas que se requieran para la conservación de la información, de conformidad con las normas de archivo aplicables.

El otro procedimiento de contratación directa es la declaración de urgencia manifiesta, que se justifica cuando en virtud del artículo 42 del ECE, la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de licitación o concurso público. La urgencia manifiesta debe declararse mediante acto administrativo motivado, soportado en las pruebas que así lo acrediten salvo que constituyan hechos notorios, pues el control de urgencia lo realiza el órgano de control fiscal correspondiente. Es necesario tener en cuenta, que en cada caso concreto no concurren las causales para declarar la urgencia manifiesta con la misma intensidad, pues en unos casos el grado de inmediatez es medio al punto que hay lugar a la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, registro presupuestal, exigencia de garantías, suscripción legalización del contrato. En estos eventos, se

obviará la licitación o concurso pero los demás requisitos son exigidos de manera previa, pero en los eventos en que las causales sea de alta intensidad, tales como un terremoto, la inmediatez del servicio releva al estado contratante de la exigencia de disponibilidad presupuestal, contrato escrito, garantías, y en ocasiones hasta de precio, porque este se podrá negociar posteriormente. Todo ello es necesario que el juez penal o disciplinario lo valore en un momento concreto, de acuerdo a las circunstancias que se presenten.

1.2.5.- La Contratación de mínima cuantía.

La Ley 1150 de 2007 dispuso cuatro procedimientos de selección de contratistas, a saber: La licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la contratación directa. Los decretos reglamentarios primeramente establecieron que la contratación de mínima que es aquella que en razón a su presupuesto el valor del contrato no supera el 10% de la menor cuantía de las entidades públicas, era un procedimiento de contratación directa. En razón a que el Consejo de Estado declaró la nulidad de la norma contenida en el decreto 2474 de 2008, el Gobierno solucionó el vacío normativo expidiendo nuevas normas reglamentarias, estableciendo que la contratación de mínima cuantía era un procedimiento de selección abreviada. Nuevamente el Consejo de Estado declaró la nulidad de la norma demandada, fundándose en que la contratación de mínima cuantía no era un procedimiento de selección de contratistas que había dispuesto la ley 1150 de 2007.

Es la razón por la cual ahora la ley 1474 de 2011, soluciona el vacío normativo señalando en su artículo 94 el procedimiento de contratación de mínima cuantía así:

“Artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónase al artículo 2 de la ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no exceda del 10 por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a.- S publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.

b.-El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.

c.-La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.

d.-La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1.- Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2.- La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.

El Gobierno Nacional reglamentó el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, a través del Decreto 2516 de 2011, por el cual se reglamenta la modalidad de contratación de mínima cuantía así:

1.- Objeto y ámbito de aplicación. Reglamenta las adquisiciones de bienes y servicios cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad contratante.

2.- Los Estudios previos contendrá:

a.- La suscita descripción de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.

b.-La descripción del objeto a contratar

c.-las condiciones técnicas exigidas

d.-El valor estimado del contrato justificado sumariamente, así como el plazo de ejecución del mismo.

e.-El correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

3. Invitación publica a través de la Secop, que deberá contener:

a.- El objeto.

b.-Plazo de ejecución.

c.- Forma de pago.

d.- Las causales que generarían el rechazo de las ofertas o la declaratoria de desierto del proceso.

e.-El cronograma del proceso especificando la validez mínima de las ofertas que se solicitan, así como las diferentes etapas del procedimiento a seguir, incluyendo las reglas para expedir addendas a la invitación y para extender las etapas previstas.

f.-El lugar físico o electrónico en que se llevará a cabo el recibo de las ofertas.

g.- Los requisitos habilitantes indicarán la manera como se acreditará la capacidad jurídica, y en los casos de contratación de obra, de consultoría y de servicios se requerirá una experiencia mínima se aplicará el artículo 82 del decreto 2474 de 2008. La capacidad financiera se verificará teniendo en cuenta la naturaleza del objeto, su forma de pago, pero si la forma de pago establecida es contra-entrega a satisfacción de los bienes, servicios y obras, no se requerirá la verificación de la capacidad financiera.

h. Verificado los requisitos habilitantes, luego de la publicación del informe de evaluación se adjudicará a la oferta que presente el menor precio.

i.- Si se presenta una única oferta, se le adjudicará siempre que cumpla con los requisitos habilitares.

j. La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con fundamento en el cual se hace el registro presupuestal.

l.- Si existe empate entre dos ofertas porque luego del cumplimiento de los requisitos habilitantes, encontramos que propusieron el mismo precio, se le adjudicará al oferente que primero haya entregado la oferta.

m.- La firma de la invitación pública, constituye el acto de apertura del proceso contractual.

n.-La selección debe ser realizada por los servidores públicos delegados para tal efecto o por los particulares contratados para el efecto, evento en el cual el particular será sujeto del derecho disciplinario en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado.

o.-Cuando no se logre la adjudicación de una oferta se declarará desierta, previa verificación de la existencia de la causal exigida en los estudios previos.

p.- No es obligatoria la exigencia de garantías, pero la entidad en los estudios previos podrá exigirlos con la correspondiente justificación, atendiendo el objeto del contrato y la forma de pago.

q.- No se exigirá el registro de proponentes en ningún caso.

2.- Actuaciones administrativas durante el procedimiento administrativo de licitación pública para la selección de contratistas estatales o fase precontractual:

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por el decreto 2474 de 2008, artículo 5º, regula la estructura del procedimiento de licitación pública como modalidad de selección de contratistas generales por antonomasia.

2.1.-Publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los pliegos de condiciones definitivos.

De conformidad con el artículo 9 del Decreto 2474 de 2008, la Entidad estatal ordena la publicación del proyecto de pliegos de condiciones cuando menos con diez días hábiles de antelación a la fecha que ordena la apertura y con una antelación no inferior a cinco días para efectos de los concursos de méritos.

La sola publicación de los pre-pliegos o proyectos de pliegos no constituye una herramienta que habilite u obligue a la administración a ordenar la apertura de la licitación o concurso de méritos. Las observaciones al proyecto de pre-pliegos deben ser presentadas dentro de los términos de diez y cinco días a la Entidad, según se trate de licitación pública y/o concurso de méritos.

El pliego de condiciones definitivo podrá incluirse los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimen relevantes y la aceptación o rechazo de tales observaciones se hará de

manera motivada, para lo cual la entidad agrupará aquellas de naturaleza común. Una vez verificado el carácter definitivo de los pliegos de condiciones y de la verificación de los requisitos previos para la expedición del acto administrativo de apertura del proceso disciplinario, se procederá de conformidad con el artículo 30 del Estatuto Contractual, que dispone:

2.2. De la apertura y procedimiento de la licitación pública.

“ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

30. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.

40. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos.

50. El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación.

7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se bará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

11. Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

PARÁGRAFO. CONDICIONALMENTE exequible. Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable..”

2.3. De las reglas de subsanabilidad del proceso de licitación pública.

Debe tenerse en cuenta, de conformidad con el artículo 9 del decreto 2474 de 2008, que en todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. De allí que no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan factores de escogencia establecidos por la Entidad.

Todos los requisitos o documentos podrán ser requeridos por la Entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la Entidad establezca en los pliegos de condiciones.

2.4.-Verificación de los requisitos habilitantes de las ofertas.

La Entidad tomará las ofertas presentadas y procederá a verificar que todas las ofertas cumplan con los requisitos habilitantes, para proceder a evaluar la propuesta económica. Si la propuesta esta incurso en una causal de subsanabilidad, entonces se declara inadmisibile para que el oferente proceda a subsanarla; mientras que si la causal es insubsanable, entonces lo que procede es el rechazo de la propuesta.

De conformidad con el artículo 12 del decreto 2474 de 2008, para la licitación pública los requisitos habilitantes, son la capacidad jurídica, la experiencia general y específica, los requisitos financieros y las exigencias técnicas; mientras que los requisitos de ponderación, asignación de puntaje y evaluación, son la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en los pliegos de condiciones, estas formulas son la media geométrica, la aritmética etc o la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones regulará las condiciones.

En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con presente el menor precio, es decir, los requisitos de ponderación y evaluación es el precio, y los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica, la experiencia, los requisitos técnicos, financieros, la capacidad organizativa y administrativa.

En el concurso de méritos, los requisitos de precio, capacidad jurídica, capacidad financiera son habilitantes, mientras que los requisitos de ponderación y evaluación son los de calidad, experiencia general y específica del oferente y el talento del equipo de trabajo ofertado.

Para el concurso de méritos dada la condición de contratos de consultoría que se pretende suscribir, y el desarrollo de actividades netamente intelectuales y el alcance de los productos que deben entregarse, el decreto 2474 de 2008 ha dispuesto que los requisitos habilitantes de las propuestas es la capacidad jurídica de la oferta a fin de garantizar un contrato suscrito con sujeción a la ley sin causal de nulidad del mismo, así como la capacidad financiera del contratista que requiera para la sostenibilidad económica e la ejecución del proyecto, su capacidad operativa, y los requisitos técnicos en la medida de la capacidad logística y operativa que requiera, el precio como factor de sujeción al presupuesto del contrato; mientras que el factor de adjudicación será la experiencia general y específica de los oferentes y el talento del equipo ofrecido en la oferta, ya que se privilegia la formación, a la intelectualidad y destreza del equipo de trabajo.

Con ello, el estructurador del proceso debe procurar privilegiar el talento y la experiencia intelectual en interventoría, diseños, estudios técnicos, estudios de factibilidad, prefactibilidad, gerencia de obra y de proyectos, en la medida en que los demás requisitos son los mínimos para desarrollar el talento y la elaboración de los productos finales de la consultoría. El excedente al mínimo ofrecido en relación a la capacidad jurídica, capacidad técnica y financiera no es relevante para la adjudicación del proceso, puesto que con el mínimo quien tenga la mayor capacidad intelectual será capaz de elaborar los mejores productos intelectuales esperados.

Téngase en cuenta que en materia de estudios y diseños, el consultor una vez inicia la ejecución del contrato, le sobrevienen unas áleas que le alteran las condiciones iniciales del contrato, tales como las ordenes administrativas que emiten autoridades de planeación territorial, tales como las secretarías de planeación, las autoridades de ordenamiento territorial urbano, empresas de servicios públicos, acuerdos, ordenanzas de los concejos y asambleas, normas nacionales, los cambios en los planes de ordenamiento territorial; lo que implica que el consultor debe desarrollar el objeto de su contrato teniendo en cuenta estas causales sobrevinientes, lo que implica mayores costos a la consultoría, o alteración de las condiciones iniciales de la contratación. Son cambios no caprichosos, sino que imponen el desarrollo de las ciudades, y por ello la administración debe soportar las alteraciones económicas que generen dichos cambios, pues si el consultor desconociera dichas órdenes sus productos no sería recibidos no útiles para la administración.

De otra parte, es necesario precisar que ningún producto final de una consultoría de estudios y diseños de obras públicas resulta exacto, dado las externalidades que se presentan en el

proyecto de orden urbano, de transporte físicos, ordenes administrativas, tales como el cambio de los trazados, los planes de manejo de tráfico, de desvíos permanentes y definitivos, cambios en las políticas nacionales de transporte masivo tales como la sustitución del sistema de transporte tradicional por el de transporte intermodal, metros, cables aéreos etc; cambios de proceso constructivos, la aparición de terrenos con mayor grado de erodabilidad, terrenos fangosos, arenosos o rocosos, o la aparición de redes matrices de servicios públicos, puesto que en los estudios técnicos las muestras no se toman de manera consecutiva sino con intervalos de espacios reducidos o considerables que imposibilitan tal detección.

Es por ellos que la calificación de estudios y diseños suficientes, definitivos y necesarios no pueden tener el carácter de absolutos, porque se pretendería que en virtud de un contrato de consultoría se obtuviera un imposible material y jurídico, pues las situaciones de fuerza mayor y de hechos fortuitos tienen una probabilidad muy grande de ocurrencia. De allí que el riesgo de suficiencia y de definitivos de los grande en el mundo de lo real o lo puede garantizar ni la administración pública, como tampoco el consultor como tampoco el contrato suscrito. Así lo reflejan los estudios de los expertos en consultoría y la experiencia en el derecho comparado, esto es lo que ocurre en la ejecución de los estudios y diseños en grandes proyectos de obra pública y de infraestructura en países como USA, España, Francia, Alemania, Corea, Y en otras experiencias latinoamericanas.

Se requiere que avalado los estudios y diseños por el interventor del contratista consultor, estos al momento de ordenar la apertura de la licitación pública por parte de la administración pública, tengan el carácter de suficientes, esto es que sin perjuicio de los cambios posteriores

que haya que surtir tales como complementaciones, ajustes o faltantes por la dimensión del proyecto, la suficiencia sea útil para presentar la propuesta, estudiarla, adjudicarla y suscribir el contrato, aunque su ejecución esté sometido por cambios que exija la entidad o por las ordenes administrativas de las autoridades de ordenamiento o planeamiento urbano.

Tiene que estudiarse el contexto geográfico donde se va a realizar los estudios y diseños, así como el lugar de ejecución de las obras, porque no es lo mismo una obra de ejecución en predios rurales, como en predios urbanos, no es lo mismo los estudios y diseños de la obra pública consistentes en la construcción de una obra nueva de edificación, a un parque, andenes, espacio público, u estadio, o una vía, es decir, a mayor complejidad de la intervención mayor riesgo de alteración y de cambios se presenta y ello no significa que los diseños tengan problemas de calidad o de insuficiencia, sino que son cambios que impone el ordenamiento jurídico las potestades públicas y el alcance de los rediseños de las ciudades. Otra cosas es que, el diseñador presente falencias en los estudios estructurales sobre resistencias y características de los materiales a usar, o que no dimensiones el área que requiere las calzadas de una vía en razón al número de vehículos que deba transitar. Allí, la causa eficiente del fracaso del producto final del constructor, tiene una relación directa con la mala calidad de los estudios y diseños, evento en el cual debe procederse a aplicar la garantía de calidad si está vigentes y a reclamarle tanto al consultor como al interventor los perjuicios ocasionados a la administración por los malos diseños.

De allí, que las grandes intervenciones de infraestructura y de obra pública, sugiere que para evitar la dilución de la responsabilidad del consultor de los estudios y diseños, de su interventor

y del constructor, es que se planeen licitaciones públicas en donde el contrato que de allí surja contemple obligaciones mixtas, esto es, que el constructor diseñe los estudios de detalle o actualice los insumos entregados, con el fin de garantizar que quien diseñe y construya conozca de mejor manera los productos finales, pero sea el responsable ante la administración de la integralidad del proyecto, y no trate de desplazar la responsabilidad del producto final de construcción a la mala calidad de los diseños. Es lo que se conoce como contratos llave en mano.

2.5.- Verificación de los requisitos sometidos a evaluación o ponderación:

Es lo que se conoce como criterios de adjudicación, en cuanto sea el ofrecimiento mas favorable, según lo establecido en el artículo 12 del decreto 2474 de 2008, así:

Artículo 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:

- 1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.*
- 2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.*
- 3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá: El literal b) fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00035-00(36.601), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009.

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra

más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

Parágrafo 1°. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.

Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada.

El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

Como analizamos anteriormente, la norma privilegia en el concurso de méritos la experiencia general y específica de los oferentes, pero el talento humano y la formación profesional del equipo ofrecido a la consultoría, que es lo que finalmente se puntúa y lo que determina la adjudicación a quien presente la mejor oferta.

Sin embargo, para la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios, todos los

requisitos son habilitantes, salvo el precio, en la medida en que la mejor oferta es la que presente el menor precio, esto es se le asigna el mayor puntaje.

En relación a la licitación pública, es importante señalar, que la puntuación al requisito del precio y la calidad es importantes en la medida en que una vez las ofertas cumplan con los requisitos habilitantes, pasan en igualdad de condiciones a la evaluación de la oferta económica de calidad y de precio, en donde la Entidad puede asignar puntajes específicos a través de escalas de precios expresadas en porcentajes, esto es que a través de pisos y techos de la oferta, la administración establezca por ejemplo puntajes para las ofertas que se encuentren entre las escalas del 80 al 85%; 85% a 90%, 95 % a 100%, se les asigna x o y puntaje; pero también puede establecer la formulas matemáticas de la media geométrica o aritméticas.

Las condiciones de calidad y su ponderación se hará conforme al literal b) del artículo 12 del decreto 2474 de 2008.

2.6. Oferta con valor artificialmente bajo.

El artículo 13 del decreto 2474 de 2008, define el concepto de propuesta artificialmente baja, con la finalidad de que si la Entidad observa que el oferente incurre en la figura, pueda declararla previa garantía del debido proceso, y de establecerlo será causal de rechazo de la propuesta, pues en estas condiciones el eventual contratista estaría poniendo en riesgo el éxito de la gestión contractual, así como la calidad del proyecto u objeto contractual suscrito, en la medida en que si por ofrecer de manera artificialmente baja se le adjudica el contrato durante

su ejecución ofrecería problemas de financiación, que sin lugar a dudas los contratistas tratan de subsanar proponiendo cambios en los estudios y diseños del proyecto, en los procesos constructivos, alegando que los estudios fueron insuficientes o de mala calidad, o presentando reclamaciones económicas por mayores permanencias, alegan entrega de predios extemporáneas, o restablecimiento de la ecuación contractual, y ello hay que evitarlo.

Artículo 13. Oferta con valor artificialmente bajo. Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Oídas las explicaciones, el comité asesor de que trata el párrafo 2º del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo. En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos.

2.7 La declaración de desierta de los procesos de selección: Licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

La declaración de desierta, consiste en la decisión reglada de la administración a través de acto administrativo debidamente motivado, en el que señala que la administración ante la imposibilidad de escoger de manera adecuada la oferta mas favorable a la Entidad, decide declararlo el proceso de selección como inconveniente para los intereses de la administración, es decir, no continúa con el mencionado procedimiento, lo que no obsta para que luego se vuelva a aperturar nuevamente la licitación pública, la selección abreviada o el concurso de méritos.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, señala que regula el principio de transparencia, señala en su numeral 5°, literal b) que: *“Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”*.

Así mismo, el artículo 25, numeral 18 del Estatuto Contractual, que regula el principio de economía, dispone: *“La declaratoria de desierta de la licitación o únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”*.

De otra parte, el artículo 30, numeral 9 de la Ley 80 de 1993, dispone: *“Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto”*.

Lo anterior, indica que el procedimiento de selección, una vez se inicia tienen como finalidad la de seleccionar la oferta mas favorable a los intereses de la administración, y cuando a ello no hubiere lugar por imposibilidad de seleccionar una oferta que cumpla con esa finalidad, entonces la administración mediante acto administrativo motivado declarar inviable el proceso de selección, que es lo que se conoce como declaración de desierta de la licitación pública.

La declaración de desierta procede entonces:

Cuando luego de cerrada la licitación pública, no se presentó ninguna oferta, porque no hubo voluntad de participación.

Cuando luego de cerrada la licitación se observa que ninguna de las ofertas reúne los requisitos habilitantes y de evaluación en la oferta económica

Porque se establece al momento de evaluar las ofertas que las reglas del pliego de condiciones no son objetivas, claras; y que por el contrario son confusas, subjetivas y se prestan a equívocos.

De allí, que cuando se declare en firme el acto administrativo de declaración de desierta de la licitación, las administraciones públicas deberán valorar si la causal o causales que dio lugar a ello, resulta de inconsistencias en los pliegos, en los requisitos habilitantes o de valoración

económica, si son razones de los precios establecidos para fijar el presupuesto del contrato. Si las razones son de redacción confusa, o de fijación de reglas equívocas o subjetivas, se procederá a corregir y volver a ordenar la apertura del proceso, pero si son razones técnicas, logísticas absurdas, de igual manera procederá a corregirse, pero si se observa que existe maniobra de los oferentes para no presentarse o para ofertar de tal manera que se declare desierto el proceso y se pueda corregir las condiciones de manera favorable para ellos sin justificación alguna, la administración no podrá acceder a modificar las condiciones del proceso de contratación para satisfacer intereses particulares.

La consecuencia de la declaración de desierto de una licitación, es que de conformidad con el artículo 2º, numeral 2º, literal d) de la Ley 1150 de 2007, procederá la selección abreviada, cuando la contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial.

Lo anterior, fue reglamentado por el decreto 2474 de 2008, *Artículo 48. Selección abreviada por declaratoria de desierto de la licitación. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 3576 de 2009. En los casos de declaratoria de desierto de la licitación, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de licitación, podrá iniciar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierto un proceso de selección abreviada, aplicando las reglas señaladas en el artículo 44 del presente decreto con excepción de lo señalado en los numerales 3 y 4 del citado artículo.*

La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación.

Finalmente, también es posible declarar desierto el proceso de concurso de méritos de conformidad con el artículo 72 del decreto 2474 de 2008, que señala: *“Declaratoria de desierto. Si la entidad declara desierto el concurso, la entidad podrá iniciarlo de nuevo, prescindiendo de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. De ser necesario se modificarán los elementos de la futura contratación que hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto”*.

Unas de las consecuencias de la declaración de desierto de un proceso, es que se puede dentro de los cuatro meses siguiente a la expedición del acto administrativo ejecutoriado seleccionar el contratista mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, sin perjuicio de que la administración decida dentro de ese periodo volver a abrir el proceso de licitación. Vencido los cuatro meses es obligatorio para la administración ordenar si así lo decide la licitación pública, para lo cual en uno y otro caso procederá a ajustar en los pliegos sin desnaturalizar el proyecto las condiciones que dieron lugar a la declaración de urgencia manifiesta.

La ley 1150 de 2007 avanzó en la medida, ya que en el pasado la consecuencia de la declaratoria de desierto de una licitación, era presupuesto para la contratación directa. Hoy constituye el fracaso de la administración en la planeación de la licitación, y desde luego debe proceder a abrirla nuevamente, o en su defecto a ordenar la selección abreviada por el procedimiento de menor cuantía, pero en todo caso a través de un procedimiento público y

transparente en donde concurran la mayor pluralidad de oferentes.

2.8 Suspensión y prórroga de los procesos de selección.

El artículo 8 del decreto 2474 de 2008, que señala los documentos que deben publicarse en la SECOP, dispone que debe publicarse el acto administrativo de suspensión del proceso de selección. Debe tenerse en cuenta, que si bien la norma jurídica no define o enlista unas causales de suspensión, puede afirmarse que las causales son aquellas que por fuerza mayor, caso fortuito o por razones de oportunidad y razonabilidad, la administración mediante acto administrativo debidamente motivado procederá a suspender el proceso de selección, teniendo en cuenta el cronograma del proceso, y los términos máximos de prórroga de los procesos de selección definidos en la ley. Una vez se superen esas causas que dan lugar a la suspensión del proceso se continuará con los mismos. Así mismo debe tenerse en cuenta que la suspensión debe hacerse señalando con certeza fecha y hora, pero si por circunstancias de fuerza mayor no fuere posible conocer el término exacto, se señala una fecha prudencial aunque luego deba prorrogarse el término de suspensión de manera justificada, pero igualmente nada impide que se suspenda sin señalar fecha cierta, cuando definitivamente no se conozca cuando desaparece la situación.

El párrafo 1° del artículo 5 del decreto 2474, establece que el proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles señalando en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la Entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación

del proceso, este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que señale. Contra el acto administrativo de suspensión del proceso no procede recurso alguno.

En cuanto a la prórroga de la licitación, encontramos que el numeral 4º 5º y 9º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone: *4o. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.*

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron.

5o. El plazo de la licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado”.

9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones , teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto”.

2.9. Revocatoria directa del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección.

De conformidad con el artículo 3° del decreto 2474 de 2008, se observa que una vez ordenada la apertura del proceso de selección, este podrá ser revocado directamente de conformidad con el numeral 2° del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, cuando con posterioridad a la apertura del proceso deba ajustarse el contenido de los estudios y documentos previos, del tal manera que implique cambios fundamentales, en aras de defender el interés público o social, la Entidad podrá revocar directamente el acto administrativo.

El artículo 69 del C.C.A, establece como causal de revocatoria directa de los actos administrativos que el acto haya sido expedido con manifiesta contrariedad a la Constitución Política y a la Ley; cuando el acto administrativo causa un agravio injustificado a una persona, o cuando no está conforme con el interés público o social.

En este caso es necesario, precisar que existe causal única de revocatoria y es cuando el acto

contraría el la Constitución Política y la ley, pues las otras dos causales deben estar contempladas de manera específica en la ley para que constituya causal de revocatoria, ello implica que cualquier vulneración flagrante de una norma superior en que debe fundarse el acto administrativo de apertura del proceso de selección debe dar lugar a la revocatoria directa, puesto que el procedimiento debe ser considerado una herramienta para materializar los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, y las reglas y principios establecidos en el Estatuto general de los Contratos Públicos.

Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

- 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*
- 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis*

que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

Parágrafo 4°. En el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.

2.10. La Audiencia de adjudicación del procedimiento de selección, suspensión y aplazamiento.

El artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, dispone que todos los procesos de licitación pública la adjudicación debe hacerse en audiencia pública de manera obligatoria mediante acto administrativo motivado que se entiende notificado al proponente favorecido a adjudicatario en dicha audiencia, acto contra el cual no procede recurso alguno.

El debido proceso debe garantizarse a todos los oferentes, de manera previa a la adjudicación en donde los interesados puede pronunciarse sobre las respuestas dadas a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

La Entidad pública puede suspender la audiencia para realizar las verificaciones documentales, técnicas, aritméticas, o la solicitud de documentos relevantes para la adjudicación por el numero de horas que sea necesario o durante el tiempo que requiera las deliberaciones del Comité de Adjudicaciones. La suspensión de la audiencia se produce una vez instalada la misma y antes del cierre que se produce con la adjudicación del proceso; mientras que el aplazamiento se produce antes de que se inicie o instale la audiencia pública. El aplazamiento se antes de que se inicie la audiencia y la Entidad no ha podido estudiar o culminar el estudio de las observaciones de los proponentes, o deliberar sobre aspectos trascendentes del proceso, entonces a fin de cumplir con los requisitos necesarios para la instalación de la audiencia entonces procederá a su aplazamiento por el término necesario que permitan los pliegos de

condiciones y la ley.

2.11. El Acto administrativo de adjudicación y revocatoria directa del mismo.

El acto administrativo de adjudicación es irrevocable y obliga a la Entidad y al adjudicatario, pero si dentro del plazo previsto en los pliegos para la suscripción del contrato o en su defecto el término de 15 días previsto en la ley sobreviene una inhabilidad, incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado y la Entidad podrá aplicar el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que dispone que la Entidad mediante acto administrativo motivado, podrá adjudicar el contrato dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la Entidad.

La entidad pública una vez tenga conocimiento de las causal de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o del medio ilegal utilizado para lograr la adjudicación del proceso de selección, debe ordenar la apertura de un procedimiento administrativo para que previa garantía del debido proceso se pueda establecer la existencia de la causal de revocación del acto administrativo de adjudicación, quien de ser lo segundo, es decir, de establecer que se utilizaron medios ilegales deberá promover las acciones penales y disciplinarias que fuere del caso.

2.12. Las addendas y la oportunidad para realizar y formalizar estas modificaciones precontractuales.

Las addendas son el acto precontractual, mediante el cual las entidades públicas introducen modificaciones a los pliegos de condiciones definitivos publicados con el acto de apertura del procedo de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o de mínima cuantía. Las addendas las realiza la entidad pública en todo caso mediante decisión debidamente motivada, ya sea de oficio, o a petición de una veeduría ciudadana, sugerencia de algún órgano de control como las personerías, Procuraduría, o la contraloría a través de un control de advertencia, o a petición de cualquier interesado en ofertar.

Las addendas se pueden realizar en cualquier momento a partir de la apertura del proceso de selección, y deben publicarse en la página web, y si la modificación de manera razonable implica que los oferentes deben contar con mas tiempo para presentar la oferta, se prorrogará la fecha del cierre del proceso, conforme al decreto 2474 de 2011.

El artículo 89 de la Ley 1474 de 2011, dispone que la entidad pública puede expedir addendas cuando lo estime conveniente, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso se prohíbe que se expidan addendas dentro de los tres días anteriores a la fecha del cierre del proceso de selección, niquiera para extender el término del mismo, y la publicación de éstas addendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

3.- Del juzgamiento disciplinario de los derechos y deberes de los servidores públicos responsables de la gestión contractual.

El artículo 4º de la Ley 80 de 1993, señala los derechos y deberes de las entidades estatales, como herramienta para la consecución de los fines de la contratación estatal

a).- Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

La omisión de este deber podría configurar falta disciplinaria grave o leve, siempre que ello no genere un probado detrimento patrimonial en contra de la Entidad pública, es decir en el evento en que la administración con su actuación habría podido impedir el detrimento patrimonial, tal omisión daría lugar a la configuración de la falta gravísima prevista en el numeral 31 del CDU. Pero si se demuestra que a pesar de que la entidad pública cumpliera con su deber no habría podido evitarlo tal omisión sería una falta leve o grave.

b). Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

En este evento, la omisión de adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías, igualmente sería una falta disciplinaria grave o leve, siempre que no hayan caducado por dicha omisión las acciones contenciosas administrativas para su reclamación judicial ya por vía de acción contractual o del proceso ejecutivo, porque

de haber caducado igualmente sería falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 31, artículo 48 del CDU.

c). Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

Es el deber que tienen los servidores públicos y el derecho de las Entidades públicas de solicitar al contratista el restablecimiento de la ecuación contractual en su favor cuando exista la causal, ello daría lugar a una falta leve o grave, siempre que no hayan caducado la acción contractual o la ineficacia de las estipulaciones contractuales para la convocatoria del amigable componedor o del tribunal de arbitramento pactado en el contrato. En este evento podría configurarse una falta disciplinaria gravísima, numeral 31 del artículo 48 del CDU.

d). Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

La omisión de éste deber que dé lugar a la configuración de un detrimento patrimonial dará lugar la existencia de una falta disciplinaria gravísima, prevista en el numeral 31, artículo 48 del CDU, pero la simple omisión daría lugar a la configuración de una falta leve o grave.

d). Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

Esta falta disciplinaria esta prevista como gravísima en el numeral 34, artículo 48 del CDU, pero debe tenerse en cuenta que la Entidad pública debe cumplir con este deber a través del experto contratado, a través de su representante, técnico, científico, financiero y legal que es el interventor. Esta obligación se predica respecto del interventor en relación al contratista y no del interventor frente a la entidad pública el cumplimiento de sus obligaciones.

e). Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

El incumplimiento a este deber puede configurar una falta leve o grave, siempre que no haya caducado el término de la acción contractual para exigir la indemnización del daño causado, pues de ocurrir configuraría la existencia de una falta disciplinaria gravísima.

f). Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

En relación al ejercicio de la acción de repetición, debe tenerse en cuenta que para que surja el deber de incoar la acción de repetición debe existir sentencia ejecutoriada que haya condenado a la administración a indemnizar unos perjuicios causados como consecuencia a de la actividad contractual. La omisión se encuentra configurada como falta disciplinaria gravísima en el artículo 48, numeral 36 del CDU, que dispone: *“No instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, exfuncionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado”*.

g). Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

Siempre que dicha omisión no genere un detrimento patrimonial_ evento el cual sería falta gravísima, numeral 31 del artículo 48 del CDU-, dicha omisión configuraría una falta disciplinaria leve o grave.

h) Actuarán de tal modo que por causa a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

En el evento en que dicha omisión genera una mayor onerosidad dará lugar a la configuración de una falta disciplinaria gravísima de la prevista en el artículo 48, numeral 31 del CDU, siempre que se demuestre que la acusa eficiente del daño patrimonial fue la omisión de la administración y que de haber actuado habría podido evitarlo.

i). Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden dejando constancia de tal actuación.

Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público.

Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos soportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan.

Incurrir en esta omisión es falta disciplinaria grave o leve, a menos que la conducta esté acompañada por exigencias de tipo delictuosos que hagan incurrir al servidor público en una concusión o en un cohecho, en virtud de la cual la falta será gravísima en virtud de los

dispuesto en el numeral 1° del artículo 48 del CDU.

4.- Del juzgamiento disciplinario de los principios de contratación estatal.

El numeral 31 del artículo 48 del CDU, dispone que el sujeto del derecho disciplinario que actué en cualquiera de las fases precontractual o de ejecución del contrato estatal contraviniendo los principios de la contratación estatal incurre en falta disciplinaria gravísima. Como quiera que en materia de contratación estatal existen principios creados por la jurisprudencia y la doctrina, y dado el principio de legalidad de la falta que consiste en que esta debe estar expresamente establecida en la ley, la Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2005 con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, declaró la exequibilidad condicionada, *en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.*

Así las cosas el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece los principios de descripción concreta y por ende sus conductas disciplinables así:

“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. 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”.

4.1.- Del juzgamiento disciplinario del principio de economía.

En la fase precontractual o de planeación del contrato deben observarse las reglas del principio de economía así:

ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Esto implica que las entidades públicas en desarrollo de los procesos de selección de licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y de contratación directa, no puede someter dichos procedimientos a etapas distintas a los estrictamente fijados en las normas legales y reglamentarias, teniendo el deber de establecer términos preclusivos y perentorios razonables entre la lo requerido y los términos mínimos y máximos establecidos en la ley, además de darle el impulso oficioso a los procedimientos contractuales.

2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

Se trata de evitar la declaración de desierto un proceso de selección dentro de las posibilidades legales.

3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Esto quiere decir, que los procedimientos y normas tienen la finalidad de servir de camino legal para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales con el contrato estatal, garantizando dentro de un test de ponderación y razonabilidad los derechos y deberes de los contratistas y contratantes sin que se afecte el núcleo esencial de la finalidad del contrato.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

Ello implica que las medidas que tomen las partes en el contrato para garantizar el cumplimiento del mismo, esto es que se impongan en su oportunidad las multas y sanciones, la declaración de los siniestros, de la cláusula penal y de las cláusulas excepcionales, de tal manera que sirvan de instrumento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato.

5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con

motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

Los procedimientos que se adoptarán se establecerán en las disposiciones del contrato y de los manuales de procedimientos contractuales de la entidad, tales como las reglas para solucionar diferencias de mutuo acuerdo previas a la aplicación de las estipulaciones excepcionales y de las cláusulas compromisorias y compromisos para pactar tribunales de arbitramento, árbitros técnicos o árbitros únicos.

60. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

Esto implica que las entidades para ordenar la apertura de licitaciones, concursos de méritos, contratación directa, selección abreviada e invitación para la contratación directa debe contar con el certificado de disponibilidad presupuestal expedido por la autoridad de ejecución presupuestal, el certificado de vigencia futura, o en el caso de las concesiones debe contar con el modelo financiero que le permita establecer el valor de la inversión en el contrato de concesión, la fórmula de remuneración y la exigencia del tipo de garantía de financiación de la ejecución del proyecto de concesión.

O anterior implica el registro presupuestal para los contratos clásicos estatales y el cierre financiero para los contratos de concesión, que consiste en la garantía del financiador de la concesión de entregar los flujos de ingreso de recursos durante el horizonte del proyecto de

concesión.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

Se trata de aquellos contratos que exigen estudios técnicos como el de obra, estudio de calidad y características de bienes y servicios como el de suministro, la exigencia de autorizaciones y permisos o licencia previas tales como las ambientales, de construcción, urbanísticas, la autorización para contratar y la de vigencias futuras.

En contratos de alta complejidad técnica como el de obra pública clásica o el de concesión de infraestructura, en ocasiones se exige luego de la adjudicación para la suscripción del contrato las hojas de vida del personal exigido para la ejecución del contrato.

8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

La ley 1150 de 2007 permite que el acto administrativo de adjudicación pueda ser revocado una vez expedido cuando sobrevengan causales sobrevinientes de incompatibilidad o inhabilidad, o causales de revocatoria de las previstas en el artículo 93 del Código Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011-.

9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

Significa ello, que al interior de las entidades públicas existen áreas que adelantan los procesos de selección y otras que ejecutan los contratos, y existen otras dependencias que demandan ante los jueces las acciones contractuales. Todo en virtud del principio de competencia y del principio de especialidad y de división del trabajo, respectivamente.

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

El acto de delegación no implica exclusión de responsabilidad total por parte del delegante para que ésta recaiga exclusivamente en el delegatario, pues aquí opera el principio de responsabilidad por el hecho propio, lo que implica que responderá cada uno por su acto propio, ya como autor, o como coautores si en la comisión de la falta se prueba que intervinieron ambos si ocurrió el fenómeno de comisión por omisión.

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o., y 313, numeral 3o., de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.

En mi sentir, sólo las asambleas departamentales, los y concejos municipales y distritales autorizarán a los gobernadores y alcaldes para contratar en aquellos casos en que la le exija autorización especial y expresa, tales como los cupos de endeudamiento, la emisión y titularización de bonos financieros, los contratos de empréstitos etc, pero para los demás contratos estimo que la autorización para contratar es una responsabilidad de los oncenos que es inescindible a la expedición del acuerdo u ordenanza que aprueba el presupuesto para la vigencia fiscal de cada año, pues el ordenador del gasto según el estatuto de presupuesto nacional aplicable a los entes territoriales, es el competentes para comprometer la responsabilidad contractual de las entidades públicas, y no se concibe presupuesto público, ordenador del gasto sin autorización para ejecutar ese presupuesto, de tal manera que es deber de los concejos municipales y distritales, así como de las asambleas departamentales de aprobar las autorizaciones a los alcaldes y gobernadores para contratar y a través de éste ejecutar el presupuesto del ente, lo contrario sería aceptar que éstas corporaciones están legitimadas para entorpecer de manera caprichosa la gestión presupuestal y fiscal de las entidades y si ello ocurriere, esto es, que los concejos no faculden a los alcaldes y gobernadores para contratar la ejecución del respuesta, incurrirán en falta disciplinaria gravísima conforme al artículo 48 del CDU, luego lo que pueden hacer las corporaciones es facultar la contratación, y realizar el control político respectivo a la ejecución del presupuesto, y a través de ello es que realizan lo que se conoce como coadministración de las asambleas y concejos con la administración

municipal, distrital o departamental.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

Sobre estudios y diseños hemos venido haciendo referencia, en el sentido que quienes lo elaboran en virtud del principio de confianza deberán responder por las acciones u omisiones en que incurran y quienes lo aprueben ejercen posición de garante frente a los servidores públicos que en virtud de tales aprobaciones, revisiones y vales deciden contratar con tales productos.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

Esta estipulación contractual implica que el presupuesto del contrato no tiene carácter absoluto, sino que por el contrario puede estar sometido a revisiones periódicas por actualización de precios o por causas sobrevinientes de ajustes, adaptaciones y complementaciones de estudios y diseños.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

15. 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.

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

Esta regulación normativa, hace relación al silencio administrativo positivo, ante el ejercicio del derecho de petición de naturaleza contractual, lo que implica que al vencimiento de los tres meses siguientes la radicación de un derecho de petición que le formule el contratista a la entidad contratante, tiene como efecto que la respuesta es positiva. Sin embargo ello tiene la limitación que ha fijado jurisprudencialmente el Consejo de Estado, en el sentido que no se aplica para las peticiones de reclamaciones económicas, puesto que los actos de reconocimiento y pago requieren por disposición de normas presupuestales de acto administrativo expreso, lo que excluye todo acto ficto o presunto que es que el que ocurre como consecuencia de un silencio administrativo positivo.

17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente

procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

18. La declaratoria de desierta de la licitación o únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

19. Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

4.3 Del juzgamiento disciplinario del principio de responsabilidad.

ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

10. 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.

Para el cumplimiento de éste deber las entidades públicas cuentan con los interventores, que son los responsables técnicos, legales, financieros, sociales y ambientales contratados por la entidad para la vigilancia y seguimiento de las obligaciones del contratista vigilado.

No obstante, la entidad que vigila directamente al interventor también tienen la potestad de hacer seguimiento y tomar medidas directas a fin de cumplir con estas disposiciones del contenido del principio de responsabilidad contractual.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y

vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

4.4 De la planeación contractual y el derecho disciplinario.

La planeación del contrato no está desarrollado en la Ley 80 de 1993 como un principio de contratación estatal, luego de conformidad con el artículo 48 del CDU, solo constituyen falta disciplinaria gravísima, aquellos requisitos que tienen regulación expresa en los numerales 29 al 35 del artículo citado, y en su defecto las demás acciones u omisiones podrían ser calificadas como faltas disciplinarias leves o graves.

5. Faltas disciplinarias, garantía de seriedad del ofrecimiento y de la Capacidad del oferente y del contratista estatal

Cuando el oferente no acompaña a la oferta la garantía de seriedad del ofrecimiento, o la aporta con vigencia y cuantía inferior a la exigida en el pliego, constituirá falta disciplinaria si los servidores públicos responsables de la evaluación no cumplen con su deber legal de

rechazar la oferta o de solicitar el subsanabilidad en el evento en que el error sea subsanable porque no mejora la oferta.

En la misma falta incurre, si luego de ocurrido el siniestro que ampara la garantía de seriedad del ofrecimiento no se hace efectiva mediante acto administrativo.

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. En este orden de ideas, las entidades públicas que pueden celebra contratos son todas aquellas definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Lo anterior indica que existen dos tipos de clasificación de los sujetos contractuales así:

a.- Según la forma en que concurren al proceso de selección son sujetos contractuales singulares o típicos; o sujetos contractuales plurales o atípicos.

-Los sujetos contractuales singulares o típicos, conforme al Código Civil y de Comercio colombiano son:

a.- Las personas naturales nacionales o extranjeras,

b.- Las personas jurídicas privadas nacionales o extranjeras, se clasifican en fundaciones y corporaciones.

-Las corporaciones son asociaciones civiles y sociedades mercantiles.

Las asociaciones civiles son aquellas sociedades sin ánimo de lucro para el desarrollo y ejercicio de profesiones liberales.

Las sociedades mercantiles son aquellas que conforme al Código de Comercio colombiano, ejercen actividades y actos del comercio con ánimo de lucro y son las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita simple, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades colectivas, las sociedades anónimas simplificadas .

Se les llama sujetos contractuales singulares porque concurren al proceso de selección y a la celebración y ejecución del contrato estatal ya sea como persona natural o como persona jurídica sin acudir a ninguna fórmula de colaboración empresarial, es decir, se presentan como sociedad anónima, como sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima simplificada, sociedades en comandita simple o sociedades en comandita por acciones.

- Los sujetos contractuales plurales o atípicos, se les denomina así porque conforme al artículo 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, se presentan al procedimiento de selección de contratistas estatales como consorcio, promesa de sociedad futura o como unión temporal.

b.- Según la naturaleza jurídica del sujeto contractual son de derecho público interno para referirse a las entidades públicas colombianas o las entidades públicas de carácter internacional;

o sujetos de derecho privado, ya sea persona natural o persona jurídica nacionales o extranjeras.

Las entidades públicas colombianas que actúan como contratantes o contratistas, son aquellas que conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, tienen personería jurídica o porque no teniéndolas la misma ley le otorga tal facultad, es el caso de los establecimientos públicos para el primer caso y los Ministerios para el segundo.

Las entidades públicas de carácter internacionales, hace referencia a otros Estados, u organismos multilaterales de cooperación, ayuda, asistencia técnica, científica tales como el PNUD, OEI etc.

Los consorcios son aquellos “ *cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman*”.

Lo anterior, indica que es una forma de colaboración empresarial, que implica que varias personas naturales, jurídicas o combinación de éstas se unen a fin de reunir los requisitos exigidos en el pliego para presentar una propuesta y de resultar la mas favorable, celebrar y ejecutar el contrato de manera conjunta, en donde cada uno se compromete a ejecutar las obligaciones adquiridas en el acuerdo consorcial, en la propuesta y en el contrato en atención al

porcentaje de participación que tenga en la propuesta cada miembro, sin perjuicio de que como la obligación es solidaria se le pueda exigir el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a cualquiera de sus miembros.

En relación a la responsabilidad de cada uno de los miembros del consorcio, encontramos que como esta forma de colaboración también la podemos denominar como de plena confianza entre sus miembros, las multas y demás sanciones, la penal pecuniaria, las cláusulas excepcionales, la caducidad afecta a cada uno de sus miembros sin perjuicio de quién haya incumplido la obligación que fue la causa eficiente de la sanción.

La unión temporal es la desconfianza entre sus miembros, porque la única diferencia existente con el consorcio es que las multas y demás sanciones impuestas sólo afecta al miembro incumplido que dio lugar a la sanción, y en la caducidad la consecuencia jurídica es la terminación del contrato y ello afecta a todos los miembros, pero la sanción e inhabilidad solo se aplica al miembro incumplido que dio lugar a la declaración administrativa de caducidad del contrato, aunque al igual que el consorcio la entidad pública pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones a cualquiera de sus miembros.

En ocasiones, en la unión temporal no es posible establecer quien fue el miembro que dio lugar a la sanción o a la declaración de caducidad, y en este caso para efectos sancionatorios y de la inhabilidad se le da el tratamiento de consorcio.

La conformación de la unión temporal y el consorcio se hace mediante documento privado que da cuenta del acuerdo de colaboración empresarial, las reglas que regulan el acuerdo, el representante legal que puede ser uno de los miembros o un tercero, y para ello debe establecer el porcentaje de participación en la oferta y el futuro contrato. Las personas jurídicas conforme a sus estatutos deberán contar con las autorizaciones previas de sus juntas o consejos directivos, y deberá establecer si el acuerdo es consorcio, unión temporal y establecer la especificación de las actividades que le corresponde realizar a cada miembro. Si no lo establece, en el caso de la unión temporal para efectos de la responsabilidad se le dará el tratamiento de consorcio.

Para efectos de la promesa de sociedad futura, tenemos que también se constituye mediante documentos privados, en donde cada miembro concurre en la fase precontractual con la naturaleza jurídica que tiene al momento de suscribir el contrato de promesa de sociedad futura. La condición a que está sometida la promesa de sociedad futura es que se le adjudique el proceso de selección, evento en el cual para celebrar el respectivo contrato deben celebrar el contrato de sociedad conforme a las reglas de la promesa, esto es naturaleza jurídica, socios, vigencia, capital, porcentaje de participación.

Así las cosas, en los consorcios y uniones temporales se presenta un litisconsorcio necesario durante las fases precontractual, de ejecución, liquidación del contrato y durante la fase precontractual. La promesa de sociedad futura durante la fase precontractual actúa como un litisconsorcio necesario, pero para la celebración, ejecución y liquidación y la fase precontractual el responsable de ejecutar el contrato es la sociedad que se prometió constituir y que celebró el contrato.

Se observa entonces que, la responsabilidad de los miembros de la promesa de sociedad futura no desaparecen cuando se constituye la sociedad que se prometió constituir, sino que por el contrario existe una responsabilidad solidaria entre los miembros de la promesa de sociedad futura y la sociedad constituida evento el cual el litis consorcio es entre ellos.

5.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para presentar oferta y celebrar contratos estatales.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para presentar ofertas y celebrar contratos estatales está establecido en el artículo 80 y siguientes de la ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1474 de 2011, expresamente definidas en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 y 90, asunto desarrollado en capítulos anteriores.

Las causales de inhabilidades e incompatibilidades tienen efectos durante la realización del procedimiento de selección, esto es que se presentan en distintos escenarios a saber:

a.- Si la causal de impedimento existe al momento de presentar la oferta, la administración debe proceder a rechazar la oferta.

b.- Si la causal de impedimento es sobreviviente, esto es, que se presente luego de la radicación de la oferta la Entidad debe proceder a rechazar la propuesta si se trata de un oferente singular; pero si el oferente es plural puede dar lugar a que el miembro incurso en el impedimento

sobreviviente ceda su participación en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura a otro miembro que reúna con los requisitos del pliego de condiciones, sin que se pueda ceder la participación a otro miembro de la oferta plural.

c.- Si la causal de impedimento existe al momento de la presentación de la oferta, y sólo se observa de oficio o por informe de una veeduría ciudadana u órgano de control luego de la adjudicación del proceso de selección, lo procedente es se revoque el acto administrativo de adjudicación y en su lugar se le adjudique a la oferta que le siga en orden descendente de elegibilidad.

d.-Si la causal de impedimento es sobreviniente a la adjudicación del procedimiento de selección, lo procedente es revocar directamente el acto administrativo y proceder a adjudicarle al oferente que le siga en orden descendente de elegibilidad, y si no fuere posible porque el adjudicatario era oferente único, se procederá a revocar el procedimiento de selección y a convocar uno nuevo si la necesidad del objeto se mantiene para la administración.

e.- Si el impedimento se detecta luego de la celebración del contrato, lo procedente es darlo por terminado mediante acto administrativo motivado conforme al artículo 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

f.- Si la causal de impedimento es sobreviniente a la celebración del contrato, lo procedente es promover una cesión del contrato en donde haya la novación en la posición del sujeto contractual contratista, esto es, que el contratista cedente le entregue a través de contrato privado de cesión a un nuevo contratista cesionario la posición contractual, negocio jurídico

que debe ser aprobado por la Entidad pública contratante, para que la cesión tenga eficacia.

Si no fuere posible la cesión, porque no haya voluntad del contratista o porque la administración contratante no la apruebe, la única alternativa posible que queda es la terminación unilateral del contrato conforme al artículo 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

5.2 Capacidad y competencia para ordenar apertura de procesos de selección y suscribir y celebrar contratos estatales

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, los representantes legales de las entidades con personería jurídica y los jefes de los organismos para aquellas que la ley la autorizada para ello, son las responsables de ordenar la apertura de los procesos de selección, adjudicar los procesos, celebrar los contratos, ejecutarlos y ordenar el gasto público, comprometiendo los recursos del presupuesto que se ejecutan a través del instituto de los contratos estatales. Esto sin perjuicio de la delegación que pueden hacer los representantes legales o jefes de organismos de las entidades estatales, en servidores públicos del nivel directivo de la respectiva entidad.

5.2.1 Capacidad y competencia por atribución de funciones.

La capacidad y competencia para ordenar la apertura de licitaciones, selección abreviada, concursos de méritos, contratación directa y de procedimientos de mínima cuantía, está expresamente atribuida en la ley a los representantes legales y a jefes de organismos de las

entidades estatales, conforme al artículo 2 de la ley 80 de 1993, y a la ley que aprueba el presupuesto nacional y a las ordenanzas y acuerdos de las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales que expiden los respectivos presupuestos de las entidades territoriales, quienes facultan a los representantes legales y a los jefes de los organismos que constituyen secciones dentro del presupuesto para que ejerzan la facultad de ordenación del gasto, esto es que celebren los contratos que implique la ejecución del mencionado presupuesto.

Es por ello, que coexiste la competencia para la ordenación del gasto presupuestal con la capacidad para celebrar contratos en nombre de las entidades estatales, sin perjuicio de que los titulares de los organismos estatales puedan delegar total o parcialmente la ordenación del gasto y la competencia para celebrar los contratos.

5.2.2 Capacidad y competencia por delegación de funciones.

El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, establece la posibilidad de que el representante legal y/o el jefe del organismo de la entidad pública pueda mediante acto administrativo delegar en los servidores públicos del nivel directivo, ejecutivo o equivalentes la competencia para ordenar la apertura de los distintos procedimientos de selección tales como licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa, contratación de mínima cuantía, sus distintas etapas, la recepción de las propuestas, su evaluación, adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales, la expedición de los correspondientes actos administrativos contractuales, la toma de las decisiones; de tal manera que se transfiera a los

servidores públicos directivos o del nivel ejecutivo o sus equivalentes la competencia contractual total o parcial, pero en ningún caso los jefes de los organismos o representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual y es la teoría de la responsabilidad subjetiva por el hecho propio.

5.2.2.1 Delegación total en razón a la cuantía y a las fases contractuales.

La delegación como instituto constitucional y legal, previsto en el artículo 211 superior y la Ley 489 de 1998, le es aplicable a la gestión contractual del Estado de conformidad con el artículo 12 y 21 de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007.

La delegación total consiste en la facultad que tiene el jefe del organismo o el representante legal de la Entidad pública de transferir mediante acto administrativo a los servidores públicos en los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes la competencia para adelantar toda la gestión contractual de la Entidad pública en todas sus fases precontractual, de ejecución contractual, y la fase postcontractual sin importar la cuantía del contrato.

Lo anterior significa que el delegatario contractual tiene competencia para adelantar toda la gestión contractual de la entidad en sus diferentes etapas precontractual – licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía-, contractual y postcontractual; así como en todas las cuantías, esto es la contratación de mínima, menor y mínima cuantía.

5.2.2.2 Delegación parcial en razón a la cuantía y las fases contractuales.

La delegación parcial, consiste en que el jefe del organismo o el representante legal de la Entidad, solo delega en servidores públicos de los niveles directivos, ejecutivos o equivalentes la competencia para adelantar ciertas etapas de la gestión contractual de la Entidad, esto es, que delega la fase precontractual de las licitaciones públicas, selecciones abreviadas, concursos de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía hasta la adjudicación del contrato, y se reserva para sí la celebración del contrato, su ejecución liquidación y demás actuaciones postcontractuales.

También ocurre, que los jefes de los organismos o los representantes legales mantengan para sí la fase precontractual y la celebración del contrato y deleguen en servidores públicos de los niveles directivos, ejecutivos o sus equivalentes las actuaciones propias de la ejecución del contrato, la aplicación de sanciones, la ordenación del gasto etc.

El otro mecanismo de delegación contractual es el que no tiene en cuenta la fase del contrato, sino la cuantía del mismo, esto es, que el jefe del organismo o el representante legal del ente público delega la facultad de contratación en los servidores públicos del nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes teniendo en cuenta la cuantía del contrato, así:

Un criterio es que la contratación de mayor cuantía se mantiene en el jefe del organismo o el representante legal de la entidad pública, la de menor cuantía en servidor público del nivel

directivo, ejecutivo o su equivalente, y la contratación de mínima cuantía en otro servidor público de ese nivel dentro de la entidad.

También puede suceder, que se aplique el criterio de la cuantía, pero ya no en razón a la mayor, menor o mínima cuantía de la Entidad, sino que el acto administrativo de delegación transfiera la competencia para celebrar contratos en razón a la cuantía expresa en número de salarios mínimos mensuales vigentes, esto es que, la entidad establece por ejemplo la delegación en el servidor público del nivel ejecutivo la facultad de celebrar contratos cuya cuantía no supere los cinco mil salarios mínimos mensuales vigentes.

5.2.2.3 Delegación mixta en razón a la cuantía y las fases contractuales.

Este fenómeno de delegación contractual mixta, consiste en que la Entidad en el acto administrativo de delegación de los contratos utiliza los criterios de la cuantía y de la fase del contrato, combinándolo con elementos de la delegación total y parcial, esto es:

a.- Utiliza el fenómeno de la delegación parcial, señalando que en atención a la cuantía en los contratos de mínima y menor cuantía se delega en los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes las actuaciones propias de la fase precontractual, de ejecución contractual y poscontractual. En este caso se utiliza la delegación parcial en razón a la cuantía, porque sólo delega la mínima y menor cuantía, ya que el jefe del organismo se reserva para sí toda la contratación de mayor cuantía; y de la delegación total utiliza el fenómeno de la atribución de la competencia para las tres fases de la gestión del contrato.

b.- También puede presentarse el fenómeno de la delegación mixta, cuando en razón a la cuantía el representante legal mantiene para sí la competencia para celebrar todos los contratos de la entidad pública sin importar la cuantía, pero delega en servidores públicos del nivel directivo la fase de ejecución y liquidación del contrato.

5.2.3 Capacidad y competencia por desconcentración y descentralización de funciones.

De conformidad con la ley 489 de 1998, aplicable a la contratación estatal, observamos que las entidades públicas a través de sus representante legal o jefe del organismo puede transferir funciones contractuales en servidores públicos del nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes al interior de la Entidad, con la finalidad de hacer mas oportuno las decisiones contractuales. Las funciones o competencias desconcentradas se refiere aquellas actuaciones contractuales, tales como la de realizar estudios de mercado de precios, de calidad de los bienes y servicios contratados, la elaboración de pliegos, la realización de evaluación de ofertas, el seguimiento a las pólizas de estabilidad.

En este caso, la responsabilidad de los mencionados servidores públicos con funciones contractuales desconcentradas también responder como autores, coautores por intervenir en la gestión de una o todas las etapas de la gestión contractual del Estado. Tanto en el fenómeno de la delegación como en la desconcentración, los servidores públicos delegantes y desconcentrantes, responden junto con los delegatario y desconcentrados por su hecho propio.

En la descentralización, ocurre el fenómeno de la atribución de competencias en virtud de la ley, esto es, que las entidades descentralizadas del orden nacional, departamental, municipal o distrital; o entre la Nación y los entes descentralizados, existen competencias y recursos que por ley se le atribuyen al ente descentralizado, quien bajo su propia responsabilidad recibe las competencias, los recursos y con ellos la responsabilidad de su contratación, inversión y ejecución. Aquí responden los servidores públicos descentralizados, y en los eventos en donde los recursos que financian el contrato se reciben de otro ente en virtud de un convenio de cofinanciación existen dos fenómenos a saber: Una cosa es el convenio de cofinanciación donde el ente nacional se compromete a transferir unos recursos a un departamento, distrito o municipio, y este último a asignar los recursos de contrapartida y a contratar la ejecución de los proyectos que identifique el convenio.

La planeación, celebración, seguimiento a la ejecución del convenio se limita al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en ellas, pero el responsable de la planeación, celebración y ejecución del contrato es el ente que recibe los recursos, sin que sea posible que se le atribuya responsabilidad a los servidores públicos del nivel superior que celebran los convenios toda vez que la planeación los requisitos previos, proceso de selección, celebración, ejecución, pago, calidad del objeto contratado, liquidación, recibo y entrega de los bienes y servicios contratados es del ente del nivel inferior que recibe los recursos.

5.4. Del registro de proponentes para la inscripción, calificación y clasificación ante las Cámaras de Comercio del domicilio de las personas naturales o jurídicas.

También hace parte de la capacidad del contratista, el deber de encontrarse inscrito en el registro de proponentes que llevan las Cámaras de Comercio del país. El artículo 6 de la ley 1150 de 2007, dispone:

“Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que espiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud, contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que se establecerá de conformidad con los factores de calificación y clasificación que

defina el reglamento. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como capacidad máxima de contratación del inscrito”.

Lo anterior, indica que salvo las excepciones antes señaladas, el oferente que no cumpla con el requisito de estar inscrito, calificado y clasificado en el registro de proponente, en el grupo y subgrupo correspondiente y con la capacidad de contratación requerida expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, estará incurso en causal de incapacidad legal para participar en los procesos de selección la consecuencia es el rechazo de las propuestas, y si ya se celebró el contrato estará incurso en causal de nulidad del mismo, conforme al artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

Tuvimos la oportunidad de estudiar y analizar la fase precontractual de la gestión de los contratos estatales, que incluye la planeación de los distintos procesos de selección, la apertura de los distintos procedimientos de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, contratación de mínima cuantía, los estudios previos requeridos, autorizaciones, permisos y licencias previas, así como el contenido de los principios de transparencia, economía y responsabilidad que deben observar los servidores públicos durante el periodo de formación, preparación del contrato.

Si analizamos la complejidad de los proceso contractuales, y la operación jurídica disciplinaria que en relación a las conductas contractuales realiza y el juez disciplinaria, observamos que el proceso de adecuación de la conducta al respectivo tipo disciplinario es que fuerza concluir que todas las conductas precontractuales por mínima, menor, leve o grave que sea, por dogma legal debe adecuarse a falta disciplinaria gravísima.

De otra parte, se observa que según el esquema de la delegación total o parcial, y lo regulado en el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, lo sugerible es mas riesgoso delegar para el jefe del organismo o representante legal de la entidad pública delegar, que no hacerlo, puesto que el límite entre la responsabilidad entre el delegante y el delegatario es tan mínimo, que contrario a la disposición constitucional que pregonar que la responsabilidad en derecho sancionatorio es subjetiva, se concluye que casi la valoración que hace el juez disciplinario frente a las

conductas cometidas en el fenómeno de delegación termina atribuyendo la responsabilidad del delegatario al delegante en un ejercicio de traslapo de responsabilidad subjetiva en combinación con subjetivismo.

Por último, es necesario hacer una reflexión sobre los denominados estudios técnicos y el carácter definitivo que establece la ley y su correspondencia a la realidad en el mundo práctico de los estudios y diseños para los proyectos de infraestructura, puesto que la doctrina disciplinaria en este punto, hace que tanto los servidores públicos como el sector privado de la infraestructura incurran en una especie de huida a la participación en el desarrollo de la infraestructura del país, y sobre todo que la actuación de juez disciplinario siempre se produce cuando durante la ejecución de los proyectos se presentan los imprevisibles, que siempre será mas fácil decir cuando ya se sabe lo que ocurre, que fue lo que le faltó. Lo contrario, es el riesgo de los proyectos de infraestructura convertidos en la desgracia de la salud personal y jurídica del servidor público que se atreva en nombre del Estado tomar decisiones contractuales.

CAPÍTULO SEGUNDO
CONDUCTA PRECONTRACTUAL, ADECUACIÓN TÍPICA
Y JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO

Nos corresponde ahora, entrar a analizar las conductas pre-contractuales de los sujetos del derecho disciplinario, y de la responsabilidad que le puede atribuir el juez disciplinario a partir del CDU cuando quiera que por acción u omisión dolosa o por culpa grave o gravísima incurra en faltas disciplinarias. Se trata pues de estudiar la complejidad de la contratación estatal, aplicada a cada caso concreto y a partir de allí realizar un juicio de valor frente a una conducta cuestionada de infringir el deber funcional previsto en la norma.

Existe la necesidad de construir una doctrina jurídica disciplinaria lineal, a partir de las decisiones de los organismos de control disciplinario, pues de conformidad con el artículo 48 del CDU todas las conductas contractuales allí descritas constituyen faltas disciplinarias gravísimas. El juzgador disciplinario debe tener en cuenta el alcance de los principios, y si no diferencia estos de las normas reglas de contratación, termina calificando todas las actuaciones, conductas o comportamientos contractuales como principios, y no es cierto que todas las regulaciones o descripciones o procedimientos de contratación tenga tal connotación, vulnerándose el principio de legalidad por tipicidad disciplinaria.. Es decir, si bien la ley de contratos es un estatuto de principios, ello no implica que el juzgador disciplinario tenga discrecionalidad para exigir al disciplinado, comportamientos específicos en oportunidades cronológicas en que la administración con fundamento en otra norma de contratación tomó la decisión, estimando que en su momento era la actuación o decisión más conveniente para la

administración.

Si el juez disciplinario no le exige un comportamiento específico al contratista estatal, en un momento concreto, cuando la norma le ofrece múltiples alternativas, y que lo que debe analizar es si la escogida fue la mas conveniente para la administración, estaría el gestor público contractual inerte en manos del pensamiento de un juez disciplinario, que se separa del principio de legalidad contractual para reprocharle al servidor público su conducta al considerar que en su momento debió tomar una decisión distinta a la escogida.

Es muy fácil después que se tomó la decisión afirmar que otra debió ser la solución tomada, pues es evidente que a esa altura ya se conocieron los efectos del comportamiento, pero el juez no puede valorarlo teniendo en cuenta únicamente sus efectos, sino colocándose en la misma situación en que se encontraba el servidor público en el momento en que tomó la decisión. Lo contrario, es someter al contratista estatal a la mayor inseguridad jurídica e incertidumbre sobre las decisiones que debe tomar, pues no sabe que pensaría mas tarde el juez disciplinario que le correspondería juzgar su conducta cuando esta haya cumplido su cometido. De allí que al juez disciplinario le esté prohibido realizar un *juicio expost*, por el contrario debe circunscribirlo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la conducta.

Así mismo, creemos que la culpa por asunción es bastante peligrosa asumirla en materia de contratación estatal, ya que dada la complejidad de los contratos estatales y de la gran cantidad de contratos que suscriben las entidades públicas y mas si su objeto social es ejecutar recursos de inversión, no existe otra forma de hacer eficiente y ágil la administración que delegar y

desconcentrar ciertos trámites, lo que hace que el funcionario público sólo sea responsable por su hecho propio ya sea por acción u omisión en forma dolosa o con culpa grave o gravísima, pues atribuir sin mas ni mas culpa por asunción, es tanto como aceptar una modalidad sutil de responsabilidad objetiva proscrita por la Constitución Política de 1991 y el CDU.

1. La adecuación típica, el juzgamiento disciplinario de los principios y reglas de contratación estatal en la fase precontractual por faltas disciplinarias.

Las conductas o comportamientos contractuales de conformidad con el CDU constituyen en principio faltas disciplinarias gravísimas, en razón a que estas están descritas como tal en el artículo 48 del CDU ya que la vulneración de los principios de contratación estatal, así como los comportamientos que generen detrimento patrimonial al Estado, constituyen faltas disciplinarias gravísimas en tanto infrinjan el deber funcional sin justificación alguna- ilicitud sustancial-. Así mismo, lo son aquellas descripciones típicas penales en que incurra un sujeto disciplinario en la realización de la gestión de la actividad contractual, en razón y con ocasión de sus funciones como es el caso de los delitos de celebración indebida de contratos, los delitos contra la fe pública, contra el patrimonio público, y contra la administración pública y de justicia.

Así las cosas encontramos que en virtud del artículo 48 del CDU, se pueden presentar las siguientes faltas disciplinarias en la fase precontractual: a) Numeral 29, artículo 48 del CDU.

“Celebrar contratos de prestación de servicios, cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía

respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Suscribir este tipo de contratos hace incurso al agente estatal en una prohibición que constituye falta disciplinaria gravísima, que para incurrir en ella no basta con iniciar los actos preparatorios del contrato, sino que efectivamente se haya suscrito. La suscripción de un contrato de prestación de servicios administrativos o de apoyo a la gestión de la entidad, coloca al agente en la situación de infractor al deber, y si son dos o mas entraríamos a un grado de reiteración de la falta, que no sólo da lugar a la suspensión provisional del funcionario, sino que sitúa a la entidad pública ante la existencia de una “*nómina paralela*” a la oficial que es la creada por la ley y los reglamentos, y el funcionario investigado se haría acreedor a una mayor inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

La forma como está descrita en el CDU parecería prohibir todos los contratos de prestación de servicios, pero si hilamos mas delgado encontramos que sólo se refiere a la prohibición de una de las modalidades de contratación de prestación de servicios, por lo siguiente: Existen contratos de prestación de servicios simples, que son aquellos de suministro de bienes y servicios, tales como vigilancia, aseo, mantenimiento de equipos, suministros de bienes etc. Estos contratos pueden ser suscritos de conformidad con la ley mediante licitación pública o concurso, o mediante el procedimiento de contratación directa, con o sin formalidades plenas. Como vemos, estos contratos están plenamente vigentes y la administración pública no podría renunciar a ellos, por cuanto en los respectivos presupuestos el legislador, las asambleas y concejos hacen las apropiaciones presupuestales y las administraciones públicas los incluyen en sus planes de compras porque se requieren para el normal funcionamiento administrativo de la

entidad y en ocasiones para el desarrollo del objeto social del ente público.

Tampoco se refiere, la prohibición a los contratos de prestación de servicios profesionales externos o artísticos, ya que estos son *intuite personae* y la administración pública igualmente los requiere para el cumplimiento de sus cometidos estatales, pues de manera constante la entidad debe acudir a profesionales del mercado experto en un área del conocimiento con experiencia en ciertas materias, que en la planta de la entidad por ser un asunto especial y esporádico no existe el personal idóneo para ello, o porque existiendo en la planta no es suficiente para adelantar la actuación en el tiempo y con la celeridad y condiciones que la administración requiere.

Por ejemplo, el Abogado administrativista experto en Tribunales de Arbitramentos Internacionales que contrata el ente estatal para apoderarse del Distrito de Bogotá en el Tribunal convocado por una empresa de infraestructura ante la Cámara de Comercio de París para solucionar la controversia suscitada por la ruptura de las losas de la troncal de la autopista norte, o el Abogado que se contrata para que ejerza la representación extrajudicial del Distrito de Bogotá, del Instituto Nacional de Vías en las conciliaciones prejudiciales ante la PGN y el juez contencioso administrativo; o el artista que contrata el Ministerio de Cultura para que realice una presentación con ocasión de la celebración de la independencia nacional.

Este contrato se caracteriza, porque debe tener un objeto específico y definido, y el profesional no debe ser contratado con exclusividad, debiendo prestar el servicio bajo su propia responsabilidad, sin que deba cumplir los horarios de la entidad estatal y debe ejecutar el objeto

del contrato con sus propios medios; esto es, sus propios bienes, oficinas, equipos etc. Bajo ninguna circunstancia es sujeto del derecho disciplinario, porque es un contratista estatal, y no tiene derecho a prestaciones laborales, aunque bajo su cuenta y riesgo debe acreditar que está afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social; pero si el contrato es suscrito con una persona jurídica siendo preciso señalar que lo *intuite personae* se acredita con la carta de intención o compromiso de los profesionales que en nombre de la persona jurídica ejecutarán el contrato, debiendo informar a la entidad pública contratante de los cambios a que haya lugar en la ejecución del contrato, para lo cual este deberá autorizar expresamente la vinculación de profesionales distintos a los inicialmente ofrecidos.

Pero existen otros contratos de prestación de servicios, que son los denominados “*administrativos*” o de apoyo a la gestión administrativa o de funcionamiento de la entidad. Estos son a los que se refiere el numeral 29 del artículo 48 del CDU, ya que es la vinculación contractual de personas naturales para que realicen actividades públicas o administrativas de aquellas que igualmente realiza el personal de planta de la Entidad. Estos contratistas reciben honorarios y cumplen los horarios de la entidad, de tal manera que el contrato realidad confunde la posición jurídica del servidor público de la entidad con la del contratista estatal, en razón a que los diferencia la forma de vinculación, pero ejercen las mismas funciones, dentro del mismo horario sin que los contratistas reciban prestaciones laborales y los derechos de la seguridad social. A partir de la Ley 1474 de 2011, observamos que tanto los contratistas de prestación de servicios profesionales externos, ya sea de asesoría jurídica, económica, financiera, administrativa y corporativa, así como los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de las entidades públicas, son sujetos del derecho disciplinario, esto es se les

aplica las faltas disciplinarias previstas en el artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2011, pues los productos que entregan como particulares contratistas en virtud de las obligaciones adquiridas en el respectivo contrato los hace partícipes e intervinientes en la actuación administrativa que produce el Estado a partir de sus conceptos, estudios y demás productos, lo contrario sería entender que existen en Colombia Asesores inmunes al régimen penal, fiscal y disciplinario, y ello está proscrito en los Estados constitucionales de derecho, pues no puede ser la única fisura existente en Colombia para evadir la responsabilidad de quienes producen, actúan, conceptúan y son la causa eficiente para la toma de decisiones administrativas.

Del texto de cualquier contrato de prestación de servicios, de su objeto, obligaciones generales y especiales, se va a obtener que conforme al núcleo esencial de la naturaleza y finalidad de éstos concretos, se concluye que se trata de contratar expertos con un plus de experiencia, solvencia en conocimiento actualizado sobre aspectos concretos del derecho, la economía, las ciencias técnicas etc, cuyos productos le sirvan de sustento a la administración para tomar decisiones. Sería contrario a cualquier racionalidad jurídica que el Estado acuda a expertos a través de contratos de prestación de servicios a efectos de que produzcan conceptos y estudios que le sirvan de sustento para la toma de decisiones, y que éstos no respondan penal, fiscal, civil y disciplinariamente por los conceptos y estudios que elaboren. De allí, que la Ley 1474 de 2011, haya dispuesto que los contratistas que elaboren éstos productos, estudios y conceptos, ya sea en contratos de prestación de servicios o de consultoría son sujetos del derecho disciplinario, y no es necesario que los contratos de prestación de servicios indiquen expresamente que las funciones implican delegación de funciones públicas, ello emana de la naturaleza del contrato, del objeto y de la finalidad que persigue a través de los productos que

constituyen la naturaleza de ser del contrato y de su justificación.

Como no puede existir empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley y el reglamento, y como tampoco que no tengan la disponibilidad presupuestal para cubrir ese gasto; y para evitar que se abuse de los presupuestos públicos para crear cargos o empleos irregularmente, la ley los ha prohibido elevándolo a la categoría de falta disciplinaria gravísima. Pero la misma norma, señaló que existen eventos en donde aún teniendo el contrato de prestación de servicios administrativos los elementos de la relación laboral, sigue teniendo la características de contrato estatal, pero no configura la falta disciplinaria cuando esté incurso en las excepciones previstas en leyes especiales tales como:

- a) Ley 100 de 1993, prevé la modalidad de contratación de las Empresas Sociales del Estado ESE, de las Empresas Promotoras de Salud- EPS, ya que estas pueden suscribir los contratos para el desarrollo del objeto social, tales como de promoción de los servicios de afiliación de la EPS, y de los servicios asistenciales de la ESE, la contratación del personal administrativo y asistencial para el desarrollo de su objeto, en razón al número de afiliados y de potenciales usuarios a atender.
- b) Las universidades públicas, en virtud de la Ley 30 de 1992, para efectos de la contratación de los servicios administrativos y docentes que tengan relación directa con la prestación del servicio de educación superior, teniendo en cuenta el aumento de la demanda tanto en pregrado como en postgrado y que no se pueda satisfacer con el personal de planta.

- c) Los servicios de educación en el nivel preescolar, básica- primaria y secundaria, de conformidad con la Ley 715 de 2001 en el sentido que se puede acudir a la contratación interina de maestros para satisfacer la mayor demanda de cupos educativos, o a través de contratos de concesión.
- d) Los contratos de prestación de servicios que tengan relación directa con el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios –ESPD.
- e) Los contratos de prestación de servicios para la promoción de los juegos de suerte y azar de carácter estatal, de los regulados por la Ley 643 de 2001.
- f) Los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades de capital público, sociedades por acciones estatales cuyo objeto sea el de la promoción o atención a la mayor demanda u oferta de estas entidades.
- g) Las demás entidades que en razón a las funciones especiales que presten requieran la contratación temporal de prestación de servicios administrativos, por mayor demanda tales como aumento de los usuarios por la vigencia del calendario tributario, por administración de cuentas créditos en bancos educativos, o de fondos de pensiones y cesantías de carácter público. El Consejo de Estado cambio la jurisprudencia de los últimos años, en torno al tema, en el sentido que estos contratos no pueden convertir un

contratista estatal en un empleado público, y como tal acreedor de derechos y prestaciones laborales, ya que el Estado puede acudir válidamente a ellos cuando no haya personal suficiente en la planta o porque existiendo requiere personal con conocimiento especializado.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del numeral 29 del artículo 48 del CDU mediante Sentencia C- 094 de 1993, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño, Exp. D- 4023, al expresar:

En todo caso, no debe perderse de vista que la finalidad de la norma es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de prestación de servicios con el objeto en ella indicado y hacerlo desconociendo su índole de contrato estatal para encubrir relaciones laborales que, ignorando los procedimientos legítimos de acceso a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de trabajadores.

En ese sentido, bien puede ocurrir que la administración celebre un contrato con un contratista que se obligue a prestar servicios como los de aseo, cafetería o vigilancia, caso en el cual las obligaciones laborales recaerán sobre el contratista en relación con los trabajadores que él utilice y no sobre la administración, contando ésta incluso con la seguridad que le brinda la garantía única que ampara a los contratos estatales. O puede acaecer que tales contratos se suscriban para la prestación de servicios profesionales externos, generalmente por parte de profesionales altamente especializados con los que se celebran contratos *intuitu personae*, eventos en los cuales se mantienen la independencia y autonomía que caracterizan a los contratos de prestación de servicios. Nada se opone a que se suscriban tales contratos pero debe hacérselo sin que concurran los presupuestos planteados en la norma demandada y, además, deben cumplirse las

exigencias impuestas por el Estatuto de Contratación Administrativa, esto es, que no existan en la planta personas con esa capacidad específica o que, existiendo tales personas, su número sea insuficiente para atender la demanda generada.

En supuestos como los indicados no concurren argumentos para afirmar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que celebran tales contratos pues ni se trata de servicios que involucren dedicación de tiempo completo ni se subordina al contratista. Pero si la administración celebra contratos de prestación de servicios y lo hace directamente con las personas que van a prestar el servicio o suscribe contratos para la prestación de servicios profesionales especializados y en todos esos casos exige dedicación de tiempo completo y subordina a los contratistas, o si suscribe contratos de prestación de servicios para atender asuntos administrativos y lo hace por más del tiempo necesario para ampliar la planta de personal, es evidente que ese contrato se desnaturaliza y se generan irregularmente relaciones laborales que resultan traumáticas para la administración. Son supuestos de esta índole los que se acomodan al tipo disciplinario consagrado por la norma demandada.

De otra parte, encontramos que el numeral 30 del artículo 48 del CDU, establece como falta disciplinaria gravísima *“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 la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental”*. Como podemos observar, este es un tipo disciplinario que comprende todas las fases del contrato estatal, pero que en esta oportunidad lo estudiaremos en lo que respecta a la fase precontractual de la que ahora nos ocupamos.

Así las cosas, analizaremos las conductas que se presentan exclusivamente en la etapa preparatoria a saber: Las causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses; de otra parte la omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos; y la exigencia de la licencia ambiental.

En cuanto tiene que ver con la licencia ambiental, es necesario analizar si conforme a la Ley 99 de 1993, que creó el Sistema Nacional Ambiental se exige la licencia ambiental, que en principio podemos afirmar que siempre que el contrato sea de obra nueva exige la licencia ambiental, cuya competencia para expedirla es de la Corporación Autónoma Regional con jurisdicción en el territorio donde se realizará la construcción. Existen otras obras donde no se exige la licencia ambiental como es el caso de la obras de mantenimiento o rehabilitación, que sólo requiere un estudio sobre el impacto ambiental negativo que pueda generar la obra al medio ambiente y la determinación de las medidas para enfrentarlo o evitarlo, cuyo estudio en todo caso requiere la aprobación de la autoridad ambiental.

La licencia ambiental y los requisitos y estudios previos son esenciales al contrato estatal, y para actuar con certeza jurídica se requiere que siempre que estemos en presencia de contratos de obra o de prestación de servicios que puedan afectar al medio ambiente, se debe solicitar la licencia a la autoridad ambiental la licencia y que sea esta la que se pronuncie si se requiere, o si sólo basta con el estudio a que hemos hecho referencia, pues la ausencia de este requisito somete al ente estatal ante el riesgo que la autoridad ambiental una vez se inicie la ejecución de las obras ordene la suspensión del contrato, incurriendo la administración y el contratista en mas costos mientras se tramita la licencia, que de aprobarse dará lugar a reanudar la ejecución

del contrato con las nuevas exigencias que haga el acto administrativo que conceda la licencia, o también puede suceder que no se reanude ante la imposibilidad legal de que se deniegue la licencia ambiental porque el terreno no sea urbanizable según el Plan de Ordenamiento Territorial-POT, o porque en el sector no pueden funcionar industrias de ese tipo etc.

En cuanto a los estudios jurídicos, es necesario que se obtengan antes de suscribir el contrato, ya que este asegura la viabilidad jurídica del mismo tales como la existencia de la capacidad jurídica y la competencia para contratar, el procedimiento de selección del contratista etc.; ya que el servidor público responsable tiene el deber de conceptuar conforme a derecho, pues de lo contrario, conforme al Código Penal podría incurrir en el delito de prevaricato por acción al emitir un concepto que de bulto y de manera manifiesta, grosera y arbitraria sea contrario al ordenamiento jurídico. Los estudios técnicos y financieros, le permiten a la entidad pública analizar la conveniencia técnica y económica del proyecto, y realizar un análisis de costo-beneficio, porque es posible que de acuerdo a los estudios técnicos se llegue a la conclusión de que no se cuenta con los recursos económicos para financiar el contrato.

Los estudios técnicos deben ser estudiados y aprobados por los funcionarios expertos del ente contratante según el manual de funciones, así como la estructuración financiera del contrato, ya que esto permite medir la gestión económica estatal, y si por omisión se termina contratando por mas recursos de lo que debería costar el contrato, o con una calidad o especificación distinta a las requeridas por las exigencias técnicas del proyecto por el tipo de usuarios o de servicios al que está destinado el objeto del contrato, se incurre en falta disciplinaria gravísima. La conducta descrita en este tipo disciplinario es un asunto de la mayor responsabilidad, porque

si bien se presenta en la etapa precontractual, de suscribirse el contrato las consecuencias se van a presentar durante la ejecución o puesta en marcha del proyecto o cuando esté en funcionamiento la obra o el servicio contratado.

Si analizamos estrictamente la descripción del tipo disciplinario, observamos que para incurrir en el, debe efectivamente suscribirse el contrato estatal, esto es que se adjudique y suscriba sin la licencia ambiental, sin los estudios que comprendan la estructuración legal, financiera y técnica del contrato, puesto que si no se ordena la apertura del proceso selectivo, no existe el ilícito disciplinario por falta de ilicitud sustancial, ya que la conducta sería típicamente antijurídica, pero si se adjudicó el contrato, esta omisión parcial o total trasciende a la toma a la adjudicación, suscripción y ejecución del contrato, que por afectar el correcto funcionamiento de la actividad contractual de la administración, constituye falta disciplinaria.

Si se declara desierto el proceso selectivo, como consecuencia de esta omisión, al no adjudicarse y suscribirse el contrato, no se configura la falta disciplinaria gravísima, pero podría dar lugar la adecuación a una falta leve o grave, ya que si bien no se exige el resultado de la conducta, esta no sólo está constituida por la infracción al deber, sino que se haya realizado sin justificación alguna. Pero si lo que da lugar a la suspensión o prórrogas del proceso selectivo es el trámite para subsanar la inexistencia de estos estudios o de la licencia ambiental, estimamos que en este caso sí se presenta la falta disciplinaria de carácter gravísima. En el caso de las inhabilidades e incompatibilidades, la falta disciplinaria se causa desde el mismo momento en que se permite que el oferente que este incurso en ella luego de haberse presentado, continúe en el proceso selectivo sin que se le rechace al momento de evaluarla.

1.1.-En cuanto a la existencia de inhabilidades e incompatibilidades y de conflicto de intereses.

Se observa que el numeral 30 del artículo 48 del CDU sólo se refiere a las causales de inhabilidades e incompatibilidades, pero el numeral 17 de la misma norma se refiere al impedimento de actuar o el deber de omitir a sabiendas de estar incurso en conflicto de intereses. También se observa que si se trata de particulares que son sujetos del derecho disciplinario y que tienen competencia para suscribir contratos estatales, que conforme al artículo 55 , numeral 2º del CDU constituye falta disciplinaria gravísima *“actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la Ley”*, es decir, con normas disciplinarias diferentes tienen el mismo tratamiento sancionatorio-administrativo.

Si estas causales se presentan, estamos frente a un asunto que afecta la capacidad de las partes al suscribir el contrato estatal y por ende no sólo estamos en presencia de una causal de nulidad del contrato, sino de una conducta descrita como falta disciplinaria gravísima y del delito de celebración indebida de contratos estatales. Las causales de inhabilidades e incompatibilidades y de conflicto de intereses en materia de contratación, están contenidas en el ordenamiento jurídico disperso, y es por ello que no existe un catálogo único, sino que existen las causales genéricas aplicables a todos los sujetos contractuales estatales, previstos en el artículo 8º del ECE, y otras específicas aplicables sólo a cada entidad en razón a las funciones que cumplen o ejercen.

Las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación, son impedimentos genéricos que prohíben que el Estado suscriba contratos públicos, en razón a la existencia de causales que afectan la moralidad pública, la transparencia e imparcialidad en el evento en que se realice el negocio jurídico. Estas causales son de creación constitucional y legal, en tanto sólo las puede regular la Constitución Política y el legislador, sin que las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales tengan competencia para ello.

De otra parte, encontramos que las inhabilidades se diferencian de las incompatibilidades porque las primeras impiden acceder al contrato; mientras que las incompatibilidades se presentan después de suscrito y consiste en la imposibilidad de la ejecución del contrato con un cargo público. Pero para la contratación pública el artículo 8° del ECE no existe distinción entre inhabilidades e incompatibilidades, ya que las causales son las mismas, dependiendo el momento en que se presente, si son previas al contrato se les denomina inhabilidades e incompatibilidades, y si son posteriores al contrato, se le llaman “sobrevivientes”.

Estos impedimentos, para suscribir y ejecutar válidamente un contrato, tiene su origen en el artículo 1502 del C.C., al señalar que: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.- Que sea una persona legalmente capaz; 2.- Que consienta en dicho acto o declaración y sus consentimiento no adolezca de vicio; 3.- Que recaiga sobre un objeto lícito; 4.- Que tenga una causa lícita...”* Así mismo, el artículo 1504 del C.C. define las personas a quienes considera incapaces, clasificando cuáles son absolutos, relativos y particulares, agregando que respecto de estas últimas existen unas incapacidades que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto

a ciertas personas para ejecutar contratos.

De las anteriores normas civiles, se obtiene que la capacidad tiene tres dimensiones especiales que son: La capacidad propiamente dicha en cuanto define los sujetos de derechos y obligaciones; la competencia que comprende la facultad jurídica para actuar o abstenerse de hacerlo; y la inhabilidad que es el impedimento para realizar una conducta por acción u omisión. El Estado desde la expedición de la Constitución Política de 1886 y el decreto 528 de 1964 suscribía sus contratos conforme a las normas del C.C. y en especial conforme al régimen de inhabilidades particulares previstas en ella, con algunas limitaciones impuestas por normas dispersas, tenía una concepción *ius privatista* del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado.

Pero durante la vigencia del Decreto No.528 de 1964 y el Decreto No.222 de 1983 la doctrina venía reflexionando sobre la aplicación de un régimen *ius publicista* de inhabilidades e incompatibilidades a los contratos administrativos, con el fin de moralizar el acceso, ejecución y liquidación de los contratos estatales. Fue con la expedición del decreto 222 de 1983, cuando de manera precisa se estableció un régimen concreto de inhabilidades e incompatibilidades con el fin de moralizar la función administrativa, evitando que la gestión de la actividad contractual de la administración esté contaminada de consideraciones religiosas, políticas, parentesco, sexo, raza o de amistad.

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se le dio un carácter *ius publicista* al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para suscribir contratos estatales, agregándole el conflicto de

intereses que la norma superior introdujo como un nuevo impedimento para contratar. Así las cosas, las inhabilidades son impedimentos o prohibiciones introducidas en el ordenamiento jurídico por el constituyente y el legislador para desempeñar determinados empleos, oficios o funciones, o suscribir contratos estatales, cuyo fin primordial es el de garantizar la moralidad pública, evitando que se afecte la imparcialidad de que debe estar revestida el ejercicio de la función administrativa conforme el artículo 209 constitucional. Las incompatibilidades por su parte, según el alto Tribunal Constitucional, prohíbe la coexistencia de dos actividades, con el fin de diferenciar el beneficio de carácter público al cual sirve el servidor público, y el interés particular privado de carácter personal que le asiste en un caso concreto.

Las inhabilidades e incompatibilidades, según el artículo 18 de la Ley 153 de 1886 y la doctrina de la Corte Constitucional, tienen las siguientes características: Son taxativas y no admiten interpretación analógica; son de carácter restrictivo en su interpretación; cumplen una función moralizadora de la función administrativa, pueden generar responsabilidad civil contractual, disciplinaria, penal y política. Estas causales, si bien son definidas previamente por el constituyente y el legislador, es claro que no puede ser objeto de regulación por parte de juntas o consejos directivos, asambleas y concejos distritales o municipales, ya que son causales de reserva del constituyente y del legislador en sentido formal, es decir el Congreso de la República.

De otra parte, las causales de inhabilidades e incompatibilidades, en cuanto a la seguridad jurídica que se requiere para la prueba de su existencia, se clasifican en causales sujetas a registro y no sujetas a registro; y en cuanto al momento cronológico en que se presentan u

ocurren los presupuestos de hecho previstos en la norma que la consagran se clasifican en inhabilidades preexistentes y sobrevivientes. En cuanto a las sujetas a registro, encontramos que corresponden a aquellas sanciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas, que se registran en el Sistema de Registro de Sanciones –SIRI–, que administra la PGN, de tal manera que cuando se va a suscribir el contrato con certeza jurídica podemos conocer si en un momento determinado el sujeto contratista o contratante está incurso en una de las causales previstas en la constitución y la Ley.

En estas circunstancias, es más fácil probar el dolo del servidor público que teniendo el deber de abstenerse de suscribir un contrato con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad lo suscribe, pues para evitar incurrir en la falta bajo el ingrediente a *“sabiendas”* debe tomar las medidas preventivas, tales como exigir en los pliegos de condiciones o términos de referencia que los oferentes aporten el correspondiente certificado de antecedentes disciplinarios y penales, el certificado del registro de proponentes en los casos en que lo exige la ley, o en su defecto el certificado de existencia y representación legal expedido por la autoridad ambiental correspondiente.

Ahora bien, se podrá alegar que basta con que el oferente o el contratista suscriba bajo la gravedad del juramento un documento donde afirme que no está incurso en causales de inhabilidades e incompatibilidades, pues si se suscribe el contrato existiendo una causal de impedimento, el servidor público contratante fue inducido a error. Lo anterior es cierto, siempre que se trate de inhabilidades e incompatibilidades no sujetas a registro, ya que no existe un registro único para que se pueda exigir el certificado de tales antecedentes, razón por la cual

sólo para estas causales debe suscribirse la declaración bajo la gravedad del juramento, pero ella no incluye las causales que pueden descartarse o verificarse con la consulta en el correspondiente registro ya de la Cámara de Comercio, o el SIRI de la PGN, o el certificado de antecedentes penales y policivos que administra el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-.

Las causales de inhabilidades e incompatibilidades preexistentes, son aquellas que coexisten al momento de celebrar el contrato o de participar en licitaciones, concursos o convocatorias; mientras que las sobrevivientes, son aquellas que se presentan después de iniciado el proceso selectivo, habiéndose presentado las propuestas, celebrado o liquidado el contrato, de tal manera que si cronológicamente concurre de manera anterior a la actuación contractual habría impedido iniciar el proceso selectivo, o evaluar la propuesta o suscribir el contrato.

Cuando el contrato se suscribe con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sometidas a registro, bajo el ingrediente a sabiendas o teniendo conocimiento de su existencia en materia de culpabilidad, significa que actuó con dolo, y la administración deberá dar aplicación a los artículos 44 y 45 del ECE, para que bajo el principio de la autotutela declarativa se dé por terminado el contrato sin perjuicio de las acciones penales y disciplinarias a que haya lugar; pero si las causales son de aquellas no sometidas a registro tales como el parentesco por consanguinidad, afinidad o civil y si se actúa a título de dolo, igualmente puede el juez disciplinario proceder conforme a las causales sujetas a registro; pero si se actúa de manera culposa en cualquiera de los dos eventos, igualmente hay lugar a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal.

Si concurre la causal por circunstancias distintas al dolo o la culpa gravísima o grave de los sujetos contractuales, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-038 de febrero 5 de 1996 ha estimado que *mutatis mutandi*, la administración cuenta con un término razonable de tres meses para poner fin a la situación, que para este caso es la terminación unilateral del contrato estatal, pues hay que esperar para definir si es posible la cesión del contrato. La concurrencia de las causales de inhabilidades e incompatibilidades acompañada de dolo o culpa, la única alternativa es la declaración unilateral del contrato estatal, ya que el contratista no puede proponer cesionario alguno porque nadie puede tener tratamientos preferenciales por causa o con ocasión de su propio dolo o culpa.

El impedimento sobreviviente que concurre una vez presentada la oferta o propuesta obliga a el oferente a renunciar a su oferta, pero la administración al momento de evaluarla, debe tomar la decisión de rechazarla. Si sobreviene a la suscripción del contrato, la actuación a seguir es la cesión del contrato si no existe dolo o culpa gravísima o grave, pero si el hecho es atribuible al contratista la administración procederá a darle cumplimiento al artículo 44 y 45 del ECE.

La causal de inhabilidad o incompatibilidad que afecta a uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal, impone la necesidad de ceder a un tercero la participación del socio incurso en la causal con la aprobación de la entidad pública contratante, pues no es procedente que la cesión se haga a otro de los miembros del consorcio o de la unión temporal. De otra parte, encontramos que si bien el acto de adjudicación del contrato es irrevocable, de manera excepcional cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad entre el acto de adjudicación

y antes de la suscripción del contrato, la administración puede abstenerse de suscribir el contrato, dejar sin efectos el acto de adjudicación y adjudicar al segundo oferente en el orden de elegibilidad si la propuesta fuere igualmente favorable para la administración; ya que se presenta la circunstancia de la inexigibilidad de otra conducta, pues de suscribirse el contrato estaríamos incurso en una conducta descrita como falta disciplinaria gravísima o como delito a título de dolo.

Si existiera un solo oferente adjudicatario, y de paso con una inhabilidad sobreviniente antes de suscribir el contrato, igualmente se procedería a dejar sin efectos el acto de adjudicación con el mismo fundamento jurídico, pero como consecuencia de esta decisión debe revocarse el proceso selectivo y proceder a convocar un nuevo procedimiento que debe ser el mismo revocado. El artículo 8° del ECE, establece que las causales de inhabilidades e incompatibilidades genéricas para participar en los procesos selectivos de los contratistas estatales son las siguientes:

- a) *Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y la Ley.* Esta causal hace referencia a que se entienden incorporadas al ECE todas las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, previstas en la Constitución, así como en las leyes dispersas, tales como en la Ley 617 de 2000 para los contratos de los departamentos, distritos y municipios. Así mismo, comprende la inhabilidad de diez años impuestas a servidores públicos o contratistas que mediante sentencia ejecutoriada se le impute responsabilidad civil o penal originada en un comportamiento contractual estatal, o la inhabilidad especial para los representantes legales de las personas jurídicas de derecho

privado contra quienes se haya proferido medida de aseguramiento como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con una conducta contractual. Esta inhabilidad igualmente cobija a las personas jurídicas cuando a su representante legal se le haya proferido sentencia condenatoria por un delito cuya descripción corresponda a un comportamiento contractual, en razón y con ocasión del contrato estatal conforme al artículo 58, numerales 3° y 6° del ECE.

b) *Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebren los contratos estatales estando inhabilitados.* En este caso, cuando un oferente o contratista participó en el proceso selectivo o suscribió el contrato a sabiendas que estaba incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, esta incurso tanto en la falta disciplinaria gravísima como en el delito, pero esta no es que sea una nueva causal de impedimento, sino es el reconocimiento de una situación jurídica anterior, ya que la inhabilidad no se genera por el hecho de participar simplemente, sino porque de conformidad con el ordenamiento jurídico debía abstenerse de participar y contratar por el impedimento previo previsto en la ley o por el acto registrado en el banco de datos de los organismos correspondientes.

c) *Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.* Para que esta descripción constituya la causal señalada, debe presentarse los elementos que dan lugar a la declaratoria de la caducidad, que además la administración mediante acto administrativo declare la caducidad administrativa del contrato estatal, acto en el cual puede imponer la inhabilidad para contratar por el único término de cinco años, pero sino la impusiera la

sola declaratoria de la caducidad implica la inhabilidad, ya que no se requiere su imposición de manera expresa, pues de haber establecido el legislador un mínimo y un máximo de inhabilidad era obligatorio que el acto administrativo definiera el quantum de la inhabilidad, pero como el término es de cinco años no se requiere que se imponga expresamente.

- d) *Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.* En este caso la inhabilidad está sometida a registro, ya que tanto las sentencia penales como los fallos disciplinarios cuando imponen interdicción de derechos y funciones públicas e inhabilidades para ejercer funciones públicas o suscribir contratos estatales respectivamente deben establecer cuál es el término previsto tanto en el Código Penal como en el CDU. El término allí previsto es el lapso durante el cual se impone la inhabilidad, conforme lo señala la Corte Constitucional, para suscribir y ejecutar el contrato estatal.
- e) *Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.* En este caso, la inhabilidad opera de manera distinta al literal c) del numeral 1° del artículo 8° del ECE, ya que la administración una vez adjudique el contrato, conforme a los pliegos de condiciones y términos de referencia o en su defecto el término de quince días previsto en el ECE, debe proceder a suscribir el contrato estatal. En el evento en que el adjudicatario se abstenga de suscribir el contrato, la administración mediante acto administrativo debidamente motivado ordenará hacer efectiva la garantía de seriedad de

la oferta y a adjudicar el contrato al segundo en el orden de elegibilidad si la propuesta fuere igualmente favorable, o a declarar desierto el proceso selectivo y proceder a ordenar el nuevo proceso de escogencia. Pero, la inhabilidad no opera ipso facto, en razón a que la administración debe calificar si las circunstancias que dieron lugar a que el adjudicatario no suscribiera el contrato constituyen o no justa causa, para lo cual le exigirá el requerimiento de explicaciones al adjudicatario, evento en que si guarda silencio o las razones expresadas no constituyen justa causa y la razón por la cual no suscribe el contrato es atribuible al oferente, se procederá en el acto administrativo a imponer la inhabilidad de cinco años para contratar y a hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta; pero si constituye justa causa atribuible al proponente, así se declara, sólo se hace efectiva la garantía -póliza de seriedad de la oferta-, sin que haya lugar a la inhabilitación del adjudicatario y se procede según el caso o adjudicar al segundo o a ordenar el nuevo procedimiento administrativo si no fuere posible. En el evento en que la justa causa la constituya una actuación atribuible a la administración, no se impondrá inhabilidad alguna como tampoco se hace efectiva la póliza, y se procederá a adjudicarle al oferente que le siga en orden de elegibilidad, si fuere su propuesta igualmente favorable a la entidad, o si no fuere posible deberá ordenarse la apertura de un nuevo proceso selectivo, previa revocatoria del procedimiento anterior.

Pero qué alcance tiene y qué supuestos de hecho constituye justa causa para no suscribir el contrato?. Si bien el legislador no lo ha definido, para efectos contractuales creemos que son todas aquellas circunstancias que de manera razonable impiden la suscripción del contrato, tal como cuando sobreviene una causal de inhabilidad o incompatibilidad

o un conflicto de intereses, cuando concurre una fuerza mayor o un caso fortuito, cuando la empresa ha entrado en concordato liquidatorio, cuando la empresa no ha podido realizar el cierre financiero porque las instituciones financieras revocaron las aprobaciones de los créditos para la financiación de los contratos de concesión, cuando el contratista ha perdido la representación exclusiva del bien o servicio que se va a suministrar, cuando el contratista es secuestrado o extorsionado con ocasión del contrato por los grupos al margen de la ley etc.

f) *Los servidores públicos.* En este caso es de anotar, que en principio todos los servidores públicos mientras mantengan esta condición están incursos en inhabilidad para suscribir contratos por si o por interpuesta persona. No obstante, existen excepciones para contratar previstas en el artículo 9° del ECE, en otras normas especiales, tales como las leyes que crean u organizan las entidades públicas, los acuerdos, ordenanzas de los consejos, juntas directivas, asambleas departamentales y concejos distritales o municipales. Existen excepciones como el del servidor público para suscribir contratos para el ejercicio de la docencia o de investigaciones académicas en instituciones educativas o entidades públicas de las previstas en el artículo 2° del ECE, conforme a la ley 4ª de 1992, el CDU y las leyes especiales de cada entidad.

g) *Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.* Esta inhabilidad se aplica a los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el segundo grado de afinidad, a los padres,

hijos, abuelos y nietos en línea recta; a los hermanos en línea colateral de quien haya presentado propuesta dentro del segundo grado de afinidad, tales como los yernos nueras, cuñados y suegros.

De conformidad con el artículo 4° del decreto 679 de 1994, el oferente debe dejar constancia escrita de la fecha y hora de la presentación de la propuesta, ya que se entiende que el oferente que la presentó con posteridad es quien está incurso en la inhabilidad en razón a que el primero en el tiempo es el primero en el derecho. Si no fuere posible establecer cual fue la primera propuesta presentada, se entenderá que es aquella que corresponde al oferente que pagó primero el valor del pliego o los términos de referencia, pero si las propuestas fueron enviadas por correo se entienden como fecha y hora de presentación la insertada en el momento de la recepción.

- b) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta. De conformidad con el artículo 5° decreto 679 de 1994, las sociedades anónimas abiertas son aquellas que tienen más de trescientos accionistas, que ninguno de los socios son titular de mas del 30% de las acciones en circulación, y que sus acciones están inscritas en bolsa de valores. La anterior condición es certificada por el respectivo revisor fiscal.*
- i) *Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posteridad a dicha declaratoria. Entre las*

sociedades de personas, tenemos las de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple, las sociedades colectivas, y las empresas unipersonales, conforme al artículo 71 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior, nos muestra que si la entidad pública le declaró la caducidad administrativa a un contrato estatal, cuyo contratista es una sociedad de personas, esta como sus socios, están inhabilitados para participar en procesos selectivos estatales y para suscribir el correspondiente contrato por el término de cinco años. Ello nos muestra que si los socios de este tipo de sociedades con el fin de evadir la inhabilidad crean otra sociedad para suscribir contratos con el Estado, encontramos que igualmente tanto la nueva sociedad, como aquellas de las cuales hagan parte los socios con posteridad a la declaración de caducidad administrativa están inhabilitadas; no así ocurre con las sociedades creadas con anterioridad a tal declaratoria, evento en el cual basta con comparar la fecha de creación o de participación del socio en la compañía con la fecha de ejecutoria de la resolución que declara la caducidad para establecer si está o no inhabilitada

De otra parte, encontramos que el artículo 22.6 del ECE prevé sanciones para quien incurra en falsedad de documentos o informaciones necesarias para la inscripción, calificación y clasificación del registro de proponentes, consistente en la imposición de inhabilidad por el término de diez años mediante acto administrativo debidamente motivado que resuelva la impugnación que de la inscripción haga el particular previa garantía que ofrezca para asegurar la indemnización de los eventuales perjuicios en el caso en que no se cancele el registro, o la entidad pública que tiene conocimiento del hecho punible, evento este último en que puede impugnar el ente público sin la garantía a que hemos hecho referencia.

El artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, modificó el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

“Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado quienes hayan sido condenados por delitos relacionados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”.

Este artículo presenta un grave problema jurídico, y es que la Ley no definió que se entendía por sociedades matrices o subordinadas. Esto significa que su aplicación va a presentar inseguridad jurídica, debido a que las inhabilidades o incompatibilidades tienen la característica de que son taxativas, de interpretación restrictiva y de prohibición de aplicación analógica, y el operador disciplinario, penal y fiscal no puede llenar este vacío legal con las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales de lo que se entiende por sociedades matrices o subordinadas. Se requiere que el legislador así lo regule expresamente.

De otra parte el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011, introdujo al numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, un nuevo literal k), así:

“Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el periodo para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales”.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 8° del ECE establece las causales de incompatibilidades para contratar con las entidades públicas, así:

- a) *Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante.*

Esta incompatibilidad sólo es aplicable a quienes de conformidad con la Ley 489 de 1998, ocuparon cargos del directivo, asesor o ejecutivo y se extiende a partir de un año contados a partir de la desvinculación del funcionario de la entidad pública.

- b) *Las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles superiores o que ejerzan el control fiscal o interno de la entidad contratante. Así mismo, se aplica a las personas que tengan de parentesco por consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*
- c) *El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno de gestión, control interno disciplinario o de control fiscal. Con esta inhabilidad se pretende evitar que los parientes de estas personas accedan a los contratos estatales, pues de hacerlo estarán en condiciones ventajosas frente al resto de participantes, quienes no tienen vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con los servidores públicos que ejerzan funciones directivas en el ente contratante.*
- d) *Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo, el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de*

consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

Esta incompatibilidad, busca evitar el conflicto de intereses que puede existir entre el responsable de la gestión de la actividad contractual de las administraciones públicas, con los intereses de sus parientes por consanguinidad, afinidad o civil, cuando quiera que ellos ejerzan cargos de dirección o manejo en las corporaciones, asociaciones, fundaciones o sociedades que pretendan suscribir contratos estatales con estas entidades públicas. Esta incompatibilidad no se aplica en los casos en que por disposición legal o estatutaria los servidores públicos directivos arriba mencionados, desempeñan en ellas cargos de dirección y manejo.

- e) *Los miembros de las juntas o consejos directivos, ya sean de personas naturales o como socios de personas jurídicas privadas, no pueden suscribir contratos ni participar en procesos selectivos que adelanten las entidades donde ejercen funciones como miembros de sus juntas o consejos directivos, pues su jerarquía y mando puede romper con el principio de igualdad de oportunidades que tienen todos los oferentes de presentar una propuesta u oferta contractual, para que en el evento de ser calificada como la mas favorable a los intereses de la entidad, se pueda suscribir con este el contrato.*

El artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, adicionó el literal f) al numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dispuso una nueva inhabilidad para que los ex-servidores públicos contraten con el Estado, así: *“Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las que estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los*

dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del expleado público”.

De conformidad con el artículo 31 del CDU constituye falta disciplinaria gravísima, cuando el sujeto disciplinable contractual interviene en razón o con ocasión del contrato estatal en la etapa precontractual en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios de la contratación estatal y la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional y en el ECE. Constituyen descripciones típicas- faltas disciplinarias gravísimas-, en la etapa precontractual que causan detrimento patrimonial estatal, aquellos comportamientos o conductas contractuales que tienen que ver con la suscripción de contratos con fundamento en estudios de precios del mercado que no corresponden a la realidad, es decir, a la oferta y a la demanda, conduciendo al Estado a recibir bienes y servicios de mala calidad por haber contratado con precios inferiores a los del mercado, o porque contratan con precios por encima de los del mercado. Igualmente causa detrimento patrimonial, cuando el estudio de oportunidad y conveniencia sugiere comprar bienes y servicios que el Estado no requiere para su servicio, es decir son innecesarios, o son de inferior calidad a los que exige la naturaleza del servicio que va a prestar.

Igualmente, en la etapa precontractual se vulnera el principio contractual, de planeación del contrato, en tanto se haya suscrito el contrato sin los requisitos previos previstos en la Ley, sin

el cronograma que se exige para remover aquellas circunstancias que impidan la ejecución del contrato, así como también se vulnera el principio de economía si el contrato termina costando sin justificación alguna más de lo inicialmente pactado, o porque se tome más del plazo inicialmente previsto. Por su parte, se vulnera el principio de transparencia, si se diseñan cláusulas ineficaces, es decir, contrarias a la ley, o con requisitos que permitan direccionar el contrato a un oferente en particular, o suscribir el contrato por un procedimiento distinto al previsto en la ley, o sea, contratar conforme al procedimiento de contratación directa cuando según la ley el procedimiento previsto es la Licitación pública.

Cuando se suscriben varios contratos con el mismo objeto, para evadir el procedimiento de licitación pública o el de contratación directa que proceda, se habrá fraccionado el contrato y vulnerado el principio de transparencia, así como también cuando se avalúa una propuesta de manera distinta a lo previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, queriendo reafirmar que el deber de selección objetiva es un componente del principio de transparencia que igualmente al vulnerarlo se afecta el núcleo esencial del principio descrito como falta disciplinaria gravísima.

Suscribir un contrato mediante el procedimiento de contratación directa previa declaración de urgencia manifiesta sin que se den los requisitos previstos en el artículo 40 del ECE infringe el principio de transparencia, podemos afirmar que para efectos disciplinarios, la falta es la prevista en el numeral 33 del artículo 48 del CDU, que dispone *“Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley”*, pues no hay lugar a establecer un concurso de faltas en razón a que existe un tipo disciplinario autónomo descrito

de manera expresa como lo acabamos de anotar.

El ECE en su artículo 42 regula la declaración de urgencia manifiesta, y dispone que ésta procede cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; o cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

La declaración de urgencia debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, cuyo control de legalidad le corresponde al órgano de control fiscal, pero sólo en cuanto a la verificación de la existencia de la causa alegada en el acto administrativo, para si en el evento en que se funde en razones o causas inexistentes, el órgano de control fiscal pueda compulsar las copias correspondientes para ante la justicia penal o disciplinaria, y cualquier persona pueda demandarlo ante el juez contencioso administrativo. El acto emitido por el órgano de control fiscal en el sentido en que considera que fue declarada irregularmente la urgencia manifiesta o porque considera que fue legalmente declarada, no hace tránsito a cosa juzgada, y por ende si el juez penal o el disciplinario de oficio investiga la declaración de urgencia de manifiesta que el órgano de control fiscal estimó ajustada a derecho, tienen toda la libertad para examinar la conducta e incluso absolver y sancionar de acuerdo a las consideraciones que se obtengan del expediente.

Si el juez disciplinario observa que se utilizó la facultad de declarar la urgencia manifiesta, para contratar directamente sin la existencia objetiva de la justificación que nos da las causales previstas en el artículo 42 del ECE, constituirá falta disciplinaria gravísima siempre que se demuestre que el fin fue el de evadir la licitación pública como procedimiento de selección o escogencia del contratista.

2. La responsabilidad disciplinaria por faltas disciplinarias en la etapa precontractual.

Una vez descritos los comportamientos contractuales que dan lugar a faltas disciplinarias gravísimas, encontramos que conforme al artículo 5º del CDU, no es que el ilícito disciplinario esté conformado por la ocurrencia objetiva de la conducta y su adecuación formal al tipo disciplinario previsto en la norma sin mas ni mas, por cuanto se requiere que el comportamiento trascienda no al escenario de los resultados, pero sí a la mera infracción al deber, es decir que ocurra sin justificación alguna.

Es por ello que si se suscribe contratos de prestación de servicios, que se adecuen objetivamente al numeral 29 del artículo 48 del CDU, de aquellos que constituyen nóminas paralelas, para que pueda dar lugar a la existencia de una falta disciplinaria gravísima se requiere que estos se hayan suscrito con violación al ECE y sus normas reglamentarias, y que su objeto sea innecesario para la entidad, porque no lo requiera para su funcionamiento, o porque siendo de los otros contratos de prestación de servicios suscritos en donde los particulares ejercen funciones públicas o administrativas con potestades inherentes a la función

del Estado, se suscriban con extralimitación de funciones, o concediendo facultades de aquellas que no pueden asumir los particulares en virtud de la descentralización por colaboración. Esta conducta si la realiza el mismo jefe del organismo puede ser a título de dolo si tenía conocimiento de la situación, o de manera culposa si quien planea y realiza los estudios de oportunidad y conveniencia lo hace inducir en error en la suscripción del contrato.

El contrato suscrito por delegación, coloca al delegatario como sujeto de la responsabilidad por la falta disciplinaria gravísima por dolo o por culpa ante el deber de responder por el hecho propio respectivamente; pero el delegante responderá no por la contratación de la nómina paralela en el grado de coautor sino por la omisión de no ejercer el poder de instrucción y el control jerárquico sobre las funciones delegadas; situación que nos puede ubicar frente a la culpabilidad, pues mientras el delegatario responde por una falta disciplinaria a título de dolo o culpa por nómina paralela, el delegante puede responder como coautor si participó de alguna manera en la contratación, y sino por una falta disciplinaria autónoma que es la infracción al deber de ejercer el control jerárquico evento en el cual la falta es grave o leve.

La participación del sujeto contractual en el proceso selectivo estando incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad, de aquellas sometidas a registro, somete al servidor público ante la comisión de falta disciplinaria a título de dolo; ya que es posible obtener la información sobre su existencia, mientras que si son de aquellas no sometidas a registro, procede a título de dolo y de culpa teniendo en cuenta si tenía conocimiento de la misma, o si actuó con negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia al manual de contratación de la entidad pública.

La contratación sin la licencia ambiental, estudios técnicos, financieros y jurídicos, puede constituir falta disciplinaria gravísima a título de dolo o de culpa teniendo en cuenta si tenía conocimiento de la ausencia o insuficiencia de los estudios, pero también puede incurrir en ella a título de culpa si confía en que los requisitos están en regla, o completos, o que no obstante no existen los riesgos que genera su ausencia confía en poder evitarlo. Igualmente, ocurre con las faltas por violación a los principios o con detrimento patrimonial, que puede concurrir a título de dolo o de culpa; pero debemos tener en cuenta que la existencia de la conducta sin mas ni mas no puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, ya que su adecuación típica no puede ser un acto formal, pues es necesario que no obstante se presente la conducta de manera objetiva, esta consista en la infracción al deber sin justificación alguna, y por ello el juez debe señalar si hubo una ilicitud sustancial que afectara los intereses estatales que se vulneran o lesionan con el tipo disciplinario.

Por último, encontramos que la declaración de urgencia manifiesta, sin que existan objetivamente los hechos que dan lugar a ella, es una falta disciplinaria que procede a título de dolo, cuando el fin es el de evadir la licitación pública, pues razonablemente no es posible tener como ciertos hechos que no existen en la realidad, pues son tan notorios que para el jefe del organismo es fácil evidenciarlo, por tanto esta falta no procede a título de culpa. Existe inseguridad jurídica frente a la competencia de la PGN para juzgar disciplinariamente las faltas disciplinarias cuya descripción son causales de inhabilidades o incompatibilidades. A mi juicio, los jueces penales pueden juzgar autónomamente el delito de suscripción de contratos con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales, así como

la PGN cuando quiera que se trate de un contrato estatal sin que haya lugar a esperar que el juez contencioso administrativo se pronuncie sobre la nulidad o no del contrato, pues el juicio tiene alcances y dimensiones distintas.

No así ocurre cuando lo que se está juzgando son conductas que conforme al régimen de los tipos abiertos de las faltas disciplinarias gravísimas, corresponden a inhabilidades e incompatibilidades sujetas a registro, en este caso la PGN puede adelantar el proceso disciplinario, pero si se trata de aquellas causales que no son sujetas a registro pero que el legislador de manera especial las estableció como causales de nulidad de los actos administrativos electorales, en mi sentir la PGN no puede usurpar las funciones del juez contencioso administrativo, ya que la inhabilidad o incompatibilidad según el principio de unidad de materia guarda relación de razonabilidad y proporcionalidad con el conjunto de normas que regulan las instituciones en que ella se encuentra contenida, es decir, son causales de inhabilidades e incompatibilidades cuyo juzgamiento son de reserva judicial, y podría presentarse decisiones contradictorias en tanto el juez contencioso estime que el acto administrativo electoral no está viciado de nulidad al no concurrir causal de impedimento alguno, y la PGN puede tomar una decisión adversa.

¿Qué órgano estatal le va a responder al justiciable por la inseguridad jurídica que le generan los dos fallos?. La PGN no puede ser el órgano competente reciclador de todas las causales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico, pues no tendría sentido que el constituyente y el legislador estableciera dos instituciones para que juzgaran la misma conducta y logaran el mismo fin con procedimientos distintos. De allí, que en mi sentir,

las causales de inhabilidades e incompatibilidades que constituyan causales de nulidad de los actos electorales no puedan ser juzgados como falta disciplinaria por la PGN, al menos antes de que se juzgue por el juez contencioso administrativo que tiene el deber de fallar este tipo de procesos en seis meses según la reforma política de 2003.

Por último, debo precisar que el numeral 41 y 42 del artículo 48 del CDU, establece como falta disciplinaria gravísima, que los servidores públicos ofrezcan directa o indirectamente la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite. En este caso, encontramos que los proyectos legislativos son genéricos y comprende los actos legislativos propiamente dichos para la reforma de la Constitución, y los proyectos de ley; lo que quiere indicar que no importa que el proyecto se convierta en acto legislativo o en ley o no, sólo se exige que la conducta ocurra dentro del trámite del proyecto, porque la influencia puede ser para que se expida en determinado sentido o para que se hunda el proyecto durante el trámite que se surta en las cámaras legislativas.

En cuanto que el proyecto sea de interés para el Estado, tenemos que todos los proyectos de acto legislativo como de ley, son de interés del Estado, y así beneficie intereses particulares, la norma no diferencia entre uno y otro, y por ende quedan dentro de la descripción típica todos los proyectos de ley, a no ser que se trate de proyectos de ley de honores para resaltar la memoria de un ilustre ciudadano, o de elevar un inmueble a la categoría de monumento nacional etc, evento en el cual en mi sentir quedan excluidos.

En cuanto al tipo disciplinario previsto en el numeral 42 del artículo 48 Ibídem, se observa que en materia de contratación también se configura la falta disciplinaria gravísima cuando un servidor público prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación o relacionada con la función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero, acceda a ofrecer empleo o adjudicación de contratos. Al respecto, debemos precisar que cuando el jefe de un organismo prevalido de sus cargo, influye sobre un servidor público de inferior jerarquía para que se expida un concepto o experticio en uno u otro sentido para adjudicar, suscribir, liquidar, reconocer y pagar prestaciones contractuales ilegales, habrá incurrido en la faltas disciplinaria gravísima.

Lo mismo ocurre, cuando la influencia proviene de un miembro de una junta o consejo directivo de una entidad, o del servidor público que en razón a sus funciones ejerce el control jerárquico o de tutela sobre entidades públicas del sector central o descentralizado de la administración pública en sus distintos niveles y sobre sus funcionarios. Pero si el funcionario influye sobre su inferior, pero este último ejerce no funciones propias sino delegadas de quien pretende influir en la decisión no será esta falta en la que incurre el superior, ya que se entiende que dicha influencia es legítima porque es en desarrollo del control jerárquico que se ejerce sobre las funciones delegadas en virtud del poder de instrucción, incurriendo el superior en la misma falta disciplinaria en que incurre el inferior a título de coautoría.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

La fase de preparación del contrato es importante en cuanto sienta las bases de legalidad del futuro contrato, permitiendo realizar los derechos de todas las personas a participar en los procesos selectivos en igualdad de condiciones en libre concurrencia, conforme al principio de planeación contractual, de transparencia, de economía y responsabilidad. Los comportamientos contractuales descritos en este capítulo sobre la fase precontractual, nos permiten analizar el proceso de contratación debida, para luego a partir del CDU llegar a realizar el proceso de adecuación típica e identificar como opera cada una de las faltas disciplinarias, que alcance tiene, y como es el proceso de su juzgamiento.

Es posible en este momento llegar a precisar el alcance de las faltas disciplinarias gravísimas en la etapa precontractual, que conforme al artículo 48 del CDU, son: Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista. Pero dada la inseguridad sobre cuáles eran las excepciones legales, precisamos en el capítulo cuales son aquellas normas que autorizan a contratar de manera excepcional este tipo de contrato que en principio están prohibidos y cuya justificación la encontramos en normas especiales; de otra parte encontramos la falta gravísima consistente en intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad 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 obtención de la correspondiente licencia ambiental.

Existen otras faltas disciplinarias gravísimas, tales como participar en la etapa precontractual en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa previstos en el ECE y la Constitución Política; así como la declaración de la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley. Aquí precisamos según el análisis de la culpabilidad propio de un régimen que proscribe la responsabilidad objetiva, cuales proceden a título de dolo o de culpa.

Por último, es necesario precisar que en materia disciplinaria existe otra falta gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 del CDU, consistente en que el servidor público actúa u omite a sabiendas que está en presencia de un conflicto de intereses de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. Al respecto, es necesario precisar que el conflicto de intereses tiene dos elementos que son del núcleo esencial del tipo disciplinario que son: el principio de legalidad en cuanto es la ley la que debe señalar específicamente cuando el servidor público está en presencia de un conflicto de intereses, debiendo declararse impedido o aceptar la recusación si se la formulan, y el otro elemento es que esta falta sólo procede a título de dolo y no de culpa.

Pero como el conflicto de intereses está regulado para los congresistas por la Constitución Política y la Ley 5ª de 1992, y para los funcionarios de los entes territoriales conforme a la ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, es preciso señalar que para los demás funcionarios a nuestro juicio son las causales de recusación o impedimentos previstas en el Código de

Procedimiento Civil, por la remisión que hace el C.C.A, pues si este último dispone que todos los servidores públicos deberán declararse impedidos para conocer de una actuación cuando concurren las mencionada causales, es evidente que al ser una norma general, le es aplicable en cuanto a las causales que hagan referencia a incompatibilidades, al beneficio que pueda recibir de su actuación para sí o para su cónyuge, compañera o compañero permanente, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, primero civil y segundo de afinidad, o para sus socios en sociedades de hecho o de derecho. Las no previstas en leyes especiales, o en el artículo 150 del CPC, no existen y no puede dejarse al buen juicio el juez disciplinario al ser instituciones jurídicas de interpretación restrictiva.

TÍTULO TERCERO

EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA

CONTRACTUAL O DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

El artículo 40 del ECE, dispone que las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales y las previstas en la ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Así mismo, la norma autoriza para que en los contratos estatales se puedan 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, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración como lo define el Código de Comercio y el Código Civil.

El contenido del contrato es importante, en tanto respecto de sus cláusulas es que se predica la ejecución de las mismas y ella se constituye en el marco regulatorio de las distintas actividades que le corresponde realizar a las partes para la debida ejecución del mismo y su incumplimiento derivará responsabilidades civiles, penales, fiscales y por tanto disciplinaria. En la ejecución del contrato, es donde van a surgir los eventuales comportamientos o conductas contractuales que conforme al CDU va a ser objeto de adecuación típica y a partir de allí realizar un juicio de responsabilidad disciplinaria que puede culminar con archivo definitivo de la indagación preliminar o de la investigación disciplinaria; terminación del procedimiento de la investigación; sanción o absolución disciplinaria.

La autonomía de la voluntad de las partes, conforme al ECE se aplica en los contratos estatales para la estipulación de todas aquellas cláusulas que se requieran para los fines que persigue la administración con el contrato estatal, pero teniendo en cuenta que este principio que es de derecho privado no se aplica en toda la extensión de su sentido, en cuanto en tratándose de los contratos públicos tiene los límites que le impone el legislador. Así, observamos que las normas del derecho público de los contratos estatales son de imperativo cumplimiento, es decir en razón al negocio jurídico estatal son de orden público y por tanto se aplican de preferencia a las normas de derecho privado.

El escenario del principio de la autonomía de la voluntad, es el que establece las normas del derecho público, que es un margen frente al cual se puede negociar de acuerdo al principio de derecho privado que conocemos como “*autonomía de la voluntad*”, con algunas restricciones. Esta autonomía, es la facultad reconocida a las personas para decidir, pactar, estipular de manera libre cláusulas contractuales que le permitan tanto a la administración como al otro extremo de la relación negocial, obligarse válidamente. Como lo expresa el profesor Benjamín Herrera, la autonomía de la voluntad es una expresión del derecho a contratar, del derecho a tener personalidad y como tal a ser sujeto de derechos y obligaciones.

El principio de autonomía de la voluntad, implica el derecho que tienen los sujetos a contratar o no contratar. En este caso encontramos que si es un particular, la ley no lo obliga a que participe en un proceso selectivo para acceder a un contrato estatal, pero si desea hacer uso de ese derecho, la administración se lo garantiza, porque recordemos que los titulares de los

derechos tienen libertad de ejercerlos o no. Sin embargo, la administración como contratista también tiene la posibilidad de decidir si contrata con un particular contratante conforme al principio de oportunidad y conveniencia, pero el asunto varía cuando es el Estado el que debe obrar como contratante, ya que este cuando requiere obras, bienes y servicios no tiene la libertad de contratar o no, puesto que el presupuesto de la vigencia fiscal de la entidad, y el respectivo plan de desarrollo así se lo ordena y la administración no tiene alternativa diferente de prestar el servicio, contratar el bien o servicio, so pena de incurrir en inejecución presupuestal o del plan de desarrollo habiendo tenido a su disposición la provisión de los recursos financieros. En este caso, la administración no tiene alternativa diferente que contratar conforme al derecho público de los contratos estatales.

El principio de autonomía de la voluntad en el derecho privado, implica el derecho a escoger el contratista, que desde luego si se trata de contratos entre particulares es un derecho que la ley garantiza en toda su extensión, pero en tratándose de contratos estatales, sin importar que sea de aquellos regidos por el derecho público de los contratos estatales o por el derecho privado, ninguna entidad estatal tiene el derecho a escoger libremente el contratista, pues debe aplicar en todos los casos los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior, que para el caso de los contratos sujetos al ECE estatal son los procedimientos y reglas previstos para la selección de los contratistas y para las distintas actividades para la ejecución del contrato, y para los contratos que tienen reglas y procedimientos especiales, será en la forma en que lo reglamente las leyes especiales, los manuales de contratación expedidos por las juntas o consejos directivos conforme a estos principios constitucionales.

La autonomía de la voluntad para contratar en derecho público, no comprende el derecho a escoger libremente el contratista, en razón a que de acuerdo al principio de transparencia tienen el deber de selección objetiva de la propuesta que resulte mas ventajosa para la administración, aún en los contratos de prestación de servicios *intuitu personae*, que nos obliga a que esas condiciones especiales no son capricho, discrecionalidad o arbitrariedad, sino que sean objetivamente comprobables, en cuanto a su identidad, experiencia y capacidad para contratar.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes comprende el derecho a configurar el contrato, que no es otra cosa que determinar, negociar o definir el contenido del contrato, así: La denominación, en cuanto sean típicos por estar definidos en la ley, tales como los contratos de obra, de compraventa de bienes muebles e inmuebles, contratos de suministro de bienes y servicios; contratos de concesión de bienes, servicios o mixtos; contratos de administración, arrendamiento, mutuo, donación, comodato etc.; o en cuanto sean atípicos por no estar definidos por el legislador pero que tienen reconocimiento social así la comunidad jurídica y social no los haya estandarizado; tales como la compra de cartera o de arrendamiento con opción de compra.

Así mismo, encontramos que las cláusulas de los contratos son inalterables ya que los pliegos de condiciones y los términos de referencia una vez sea declarados definitivos no pueden ser alterados, no antes ni después de suscrito el contrato, aunque siempre que sea para cumplir el fin del contrato de mutuo acuerdo o de manera unilateral se puede modificar o no la naturaleza del objeto, pero si las cantidades de obra de prestaciones de servicios, en cuanto sea necesario aumentar o disminuir las inicialmente contratadas.

El contrato estatal también debe prever unas cargas para las partes que consisten en el deber de comunicación o aviso, es decir el deber de informar a la otra parte todo hecho que sea trascendente al momento de suscribir, ejecutar o liquidar el contrato; el deber de custodia que consiste en la obligación que tienen las partes de cuidar los bienes que se le dieron para probar el bien o servicio ofrecido, tales como medio de transporte o embalaje del objeto del contrato o a manera de muestra; el deber de lealtad de las partes frente a la otra, que consiste en que las partes deben adoptar conductas o dar información a terceros que puedan generar daños para la otra parte; el deber de obrar conforme al principio de buena fe en tanto no debe aprovecharse de los débiles o descuidados; el deber de claridad de las estipulaciones contractuales, que consiste en la obligación de pactar cláusulas claras, concisas, exactas, precisas, transparentes que no den lugar a la discrecionalidad o a la ambigüedad; el deber de racionalidad que consiste en no imponer a la otra parte obligaciones exageradas, por encima de lo común que el hombre promedio no está en capacidad de cumplir; el deber de confidencialidad, que implica que las partes no deben transmitir a terceros información privilegiada del contratante, o información reservada a la que se tiene acceso en virtud del contrato, o cuando se expiden conceptos jurídicos por profesionales que contienen estrategias de defensa de la entidad pública; la obligación de pactar las unidades de medidas, que consiste en identificar circunstancias de tiempo, modo y lugar esperados en la ejecución del contrato, de tal manera que se puedan medir, pues la reglas de la buena administración sugieren que lo que no se mide es imposible controlar.

Todos los contratos estatales deben tener un objeto concreto, que consiste en fijar los

productos, bienes y servicios que la administración pública requiere, distinguiendo cantidad, calidad, vida útil, características, naturaleza, resistencia, ya sean objetos singulares como la construcción de un puente, la compra de un vehículo, u objetos múltiples y reiterados, como el suministro de gasolina para los vehículos estatales, implementos de aseo, mantenimiento de vehículos, esferos, libretas, farolas etc. El objeto del contrato, determina la tipicidad o nominación del mismo, es decir nos señala si el contrato es de obra, concesión de bienes y servicios; mantenimiento, aseo, vigilancia, suministro de servicios de educación, salud, arrendamiento, empréstitos etc.

El precio es otra parte del contrato, indispensable, en tanto el Estado no puede contratar al precio que le plazca a los servidores públicos que actúen en su nombre sino de dos maneras: De una parte, si se trata de precios regulados por el Gobierno Nacional o por la bolsa agropecuaria serán los fijados por las autoridades competentes; pero si son aquellos sometidos a las leyes de la oferta y la demanda, encontramos que necesariamente debe hacerse estudio de mercados para que la administración compre los productos de bienes y servicios de la mayor calidad, a precios razonables.

Para ello, puede consultar los precios registrados por los proveedores estatales el SICE- Sistema de Información de Contratación Estatal, que administra los registros del RUP y el CUBS de acuerdo a la Ley 598 de 2000, así como también puede consultar los precios del mercado de las Cámaras de la Construcción o de las Cámaras de Infraestructura del lugar donde se va a ejecutar el objeto del contrato; todo para evitar que el Estado contrato a precios inferiores o superiores a los del mercado, porque en el primer caso puede afectar la cantidad, calidad,

garantía y estabilidad de los bienes y servicios contratados, y en el segundo caso en tanto genera detrimento patrimonial al erario público.

Es necesario que el precio se pacte en moneda nacional, salvo que deba pactarse en moneda extranjera cuando esta sea de curso forzoso dada la naturaleza jurídica de uno de los entes contratantes y el objeto del contrato; así como también es necesario que se establezca de manera clara la forma del pago del precio del contrato, si se pacta anticipo o pago anticipado o ninguno de los dos, las fechas en las que debe pagarse y las condiciones para que surja la obligación de reconocer los pagos parciales respecto del desarrollo parcial del objeto del contrato, el lugar de pago según el C.C es el domicilio del deudor sin perjuicio de que se puedan pactar pagos electrónicos por las partes.

Las obligaciones que pacten las partes, conforme al Código Civil son de dar, de hacer, o no hacer. La primera consiste, en que el contratista o contratante se obliga a entregar una suma de dinero, y es el caso del contrato de empréstito, el contrato de agencia comercial, los contratos de comodato, mutuo, arrendamiento, administración etc.; mientras que las obligaciones de hacer, consisten en la realización de una actividad fungible o infungible para que la prestación se realice con la realización de la obligación o ejecución personal por parte del deudor, y son las obligaciones de medio y de resultado, tales como el contrato de prestación de servicios profesionales del médico con la clínica para atender sus pacientes, del abogado para la defensoría pública de quienes se han acogido al amparo de pobreza y la Defensoría del Pueblo conforme a la Ley 24 de 1992 debe asignarle un defensor público de oficio, el apoderado judicial de una entidad pública, evento en el cual el profesional se compromete a poner todo su

empeño, competencia, experiencia, conocimiento y prestigio profesional para defender los intereses de su prohijado, pero no puede asegurar un resultado.

Contrario *sensu*, las obligaciones de resultados son aquellas que garantizan una prestación en materia concreta, tales como el contrato de obra, de mantenimiento, servicios de aseo, vigilancia etc., en donde garantiza la calidad, estabilidad y cantidad de los bienes que constituyen el objeto del contrato. Las obligaciones de no hacer, siendo el contrato estatal, tienen el límite que les impone el principio de legalidad, ya que el Estado contratante o contratista se puede comprometer con el otro extremo de la relación contractual a no realizar una actividad u otra cosa, siempre que no constituya una obligación constitucional o legal de hacerla y haga parte de aquellas que son de la liberalidad de la administración, y es el caso del municipio que no puede comprometer mediante un contrato a no aplicar la expropiación de un bien inmueble por motivos de utilidad pública, ya que si así lo declara la ley o el acuerdo de los concejos municipales o distritales, la administración no tiene otra alternativa diferente que proceder a la enajenación voluntaria del bien y si no es posible hacerla, debe proceder a la expropiación por vía judicial con solicitud de entrega anticipada del bien conforme a la Ley 388 de 1997.

Finalmente, es preciso señalar que el contrato debe señalar el tiempo o plazo para la ejecución del mismo, si es de tracto sucesivo o de ejecución instantánea; se debe determinar el lugar de la obligación que se fija por mutuo acuerdo o en su defecto el lugar donde exista el bien sobre el cual recae el objeto, o donde deba suministrarse el bien o servicio, o el domicilio del deudor; la definición de las garantías, cuantía, alcance y cobertura; la estipulaciones de las multas, su

cuantía, la oportunidad para imponerlas como consecuencia del incumplimiento del objeto del contrato estatal dentro del plazo; la cláusula penal pactada ya a título de pena o como valoración anticipada de los perjuicios, las arras que siendo el contrato estatal tiene limitaciones en cuanto se debe pactar sólo como una forma de anticipo, ya que el Estado no puede pactarlas cuando hay lugar a retractarse de la oferta del contrato; de debe pactar el derecho de retención que aplica de la misma manera en los contratos públicos como privados; la definición de las cláusulas exorbitantes según la tipología del contrato, teniendo en cuenta que unas son presuntas u obligatorias, otras son facultativas y otras son prohibidas. Así mismo, se debe dejar claro cuales son las cláusulas aceleratorias, tales como en los contratos de empréstitos, la cláusula de compromiso, la cláusula compromisoria; y la fijación del término convencional de liquidación del contrato estatal.

CAPÍTULO PRIMERO
LA ADECUACIÓN TÍPICA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA
EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El contenido del contrato estatal es importante para el juzgamiento disciplinario de las conductas de naturaleza contractual, en cuanto a partir de allí es que vamos a observar el marco regulatorio que constituye el deber ser de la contratación estatal, es decir, el derecho público de los contratos estatales y su contenido. El contrato estatal contiene una primera parte, donde se definen las partes del contrato, en otras palabras, si el Estado es contratante o contratista, la naturaleza jurídica del ente público, su representante legal, si quien suscribe el contrato lo hace directamente o en virtud de delegación total para contratar, la definición de la autorización legal para contratar, su identificación tributaria, el domicilio de la entidad pública contratante; y de otra la identificación del contratista o contratante que puede ser otra entidad pública.

En este caso un contrato interadministrativo, en donde igualmente hay contratante y contratista, pero en el que uno de los extremos de la relación contractual es un particular, debe identificarse su condición de persona natural nacional o extranjera, su condición de persona jurídica de derecho privado, ya como fundación o corporación, asociación o sociedad mercantil nacional o extranjera y en el evento en que sea extranjera debe acreditar la creación de una sucursal o en su defecto la constitución de un apoderado por el plazo del contrato y un año más; su identificación, domicilio, capacidad; si se requiere autorización legal para contratar por parte de la junta o consejo directivo conforme a los estatutos debe dejarse constancia de ellos.

Luego, el contrato debe precisar el procedimiento en virtud del cual se seleccionó el contratista, para luego identificar el objeto del contrato, definiendo sus particularidades, características y naturaleza del objeto, cuantía, alcances, cantidades de obras o de servicios; los certificados de disponibilidad presupuestal, y si hay cofinanciación debe dejarse constancia de ello, así como también si existen créditos bancarios para financiar el contrato etc. Seguidamente, debe señalarse el precio del contrato, con la especificación de si se contrata a precio unitario o a precios global, el lugar donde debe pagarse las prestaciones, la forma de pago, lugar, el plazo del contrato expresado en días, semanas o meses. Luego de haber pactado las obligaciones especiales de las partes, así como la forma en que ha de resolverse las controversias que surjan en desarrollo del mismo, es necesario precisar sobre dos aspectos indispensables para la ejecución del contrato, tales como el perfeccionamiento y legalización del mismo.

Para hablar de perfeccionamiento y legalización del contrato, es necesario distinguir entre contratos con formalidades plenas y contratos sin formalidades plenas, ya que en virtud de esta, se determina si el contrato se suscribe mediante documento escrito que contiene todas las estipulaciones arriba mencionadas, o si se suscribe con la expedición y aceptación de la orden de prestación de servicios.

Así las cosas, la orden de prestación de servicios, es un contrato que se perfecciona y legaliza con la expedición de la orden de prestación de bienes y servicios y con la aceptación por parte del contratista o destinatario de la misma, de allí que dada la informalidad para que surjan las obligaciones contractuales entre las partes a este tipo de contratos se les denomine sin formalidades plenas, son todos aquellos cuyo precio o valor va hasta el 10% de la menor

cuantía de cada entidad estatal. Para los demás contratos, deben las partes consignar por escrito todas las estipulaciones propias de un contrato con formalidades plenas, que para su perfeccionamiento requiere la firma del mismo por las partes como lo dispone el artículo 41 del ECE, sin embargo el Consejo de Estado ha señalado que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce después que se firma el contrato y se ha producido el registro presupuestal, pues a esta altura contractual ya las partes han expresado por escrito su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones.

El contrato para su ejecución, requiere que la administración contratante haya aprobado la idoneidad de las garantías en cuanto a su cobertura por cada rubro, cuantía, alcance y vigencia, así como con la publicación del contrato estatal. A mi juicio, el perfeccionamiento del contrato es un acto casi simultáneo con los requisitos que deben cumplir para su ejecución, sólo que el contratista se compromete a aportar las garantías y la publicación del contrato para efectos de iniciar su ejecución. Pero si por algún motivo, el contratista no aporta las garantías o no publica el contrato, estimamos que al no poder dar inicio a su ejecución, esta se constituye en el primer incumplimiento del contrato y podrá la administración declarar la caducidad del mismo. De allí que es importante que la garantía de seriedad de la oferta tenga una vigencia hasta la fecha en que pueda legalizar el contrato para hacerla efectiva en el evento en que omita el deber de legalizar el contrato y dar lugar a su suscripción y ejecución.

Para ejecutar el contrato, se requiere entonces la aprobación de las garantías mediante acto administrativo motivado que reconozca su suficiencia; el pago del impuesto de timbre ante la administración de impuestos; la publicación del contrato en el diario único de contratación

estatal o de la respectiva entidad territorial que se entiende realizada con la presentación del respectivo recibo de pago o de consignación bancaria, y por último con el registro presupuestal que es el acto administrativo de afectación del presupuesto, salvo que no comprometan vigencias fiscales futuras; evento en el cual el peculado por aplicación oficial diferente sólo se configura si no obstante existe el registro presupuestal la entidad pública dispone de esos recursos para financiar otras actividades distintas al contrato afectado.

Una vez verificado la existencia de los requisitos para la ejecución del contrato, debe suscribirse el acta de inicio de ejecución del objeto del contrato por el contratante público y el contratista particular, fecha para la cual debe haberse cancelado el anticipo en el evento en que se haya pactado, pues este es la entrega de dinero con el propósito de solventar el cumplimiento del contrato a cargo del contratista, y que tiene la obligación de invertirlo exclusivamente en el objeto del contrato.

Este anticipo como lo decíamos anteriormente se puede pactar hasta un máximo del 50% del valor total del contrato, pero es excluyente con el pago anticipado, es decir por ningún motivo puede la administración cancelar el ciento por ciento del contrato sumando las dos modalidades. El valor del anticipo que es administrado por el contratista y el contratante, constituyen dineros públicos que no pierden su condición de tal por el hecho de salir del erario público para las cuentas del contratista, a *contrario sensu*, el pago anticipado que también tiene el límite del 50% consiste en que la administración de manera anticipada le paga al contratista las prestaciones antes de ejecutarlas cuando exista justificación para ello, tales como en los contratos de arrendamientos de equipos de electromedicina, cuando para el Estado es más

costoso comprarlo que arrendarlo y como quiera que los proveedores son multinacionales y tienen la posición dominante del producto en el mercado, ellos que en ocasiones consideran que el Estado no paga de manera cumplida, prefieren exigir el pago anticipado de algunos cánones de arrendamiento. El pago anticipado, hace que los recursos al ser recibidos por el contratista pierdan su calidad de dineros públicos para convertirse en recursos privados de este.

Por ser el contrato de obra, el negocio jurídico por antonomasia, desarrollaremos los pasos de ejecución de este tipo de contratos, que aplica a los demás contratos conforme a la naturaleza de cada tipología contractual. Luego de la suscripción del acta de inicio de las obras o del objeto del contrato, la administración debe proceder a:

- a) Entregar al contratista los diseños, planos y proyectos, estudios de suelos, licencias, permisos; y proceder a su adecuación si por alguna causa no corresponden al terreno, a la estructura del bien o servicio sobre el cual recae el contrato.
- b) Entregar los predios en los que ha de realizarse las obras, o el inmueble en el que va a realizar la rehabilitación o el mantenimiento, pintura, adecuación etc., pero si se trata de vías o red vial se puede hacer entregas parciales mientras la administración, en la medida en que avanzan las obras va adquiriendo el resto de predios.
- c) El trazado de la obra; realización o avance en los distintos ítems del objeto del contrato.
- d) Levantamiento de actas de las obras, en la medida en que se vayan ejecutando las

correspondientes cantidades de obras, la consignación de las diferencias entre contratista e interventor, las soluciones que se les va dando a estos, las respuestas a las solicitudes, la entrega parcial de las cantidades de obras, y la determinación del pago de los avances de la obra.

- e) Se pueden presentar suspensiones a la ejecución del contrato, por causas acordadas o por causas imprevisibles para evitar que no continúe transcurriendo el plazo del contrato, mientras se superan las causas previsibles que fueron acordadas o las imprevisibles.
- f) Cuaderno o minuta del contrato, que le permite a la administración y al contratista consignar todas las vicisitudes del contrato, las diferencias entre las partes, las obras y servicios provisionales que deben construirse o prestarse tales como los campamentos para asegurar la maquinarias, equipos.
- g) Dejar constancia de las medidas de seguridad adoptadas con ocasión del contrato, tales como la vigilancia, cuidado y protección de la obra, bien o servicio que corre por cuenta del contratista, y en ocasiones con la colaboración de la fuerza pública, el plan de manejo ambiental, normas sobre manejo de tráfico cuando se construyen obras que someten al peatón o la ciudadanía a un riesgo por causa de trabajos públicos, plan de prevención del peatón y de los usuarios.

- h) Pago de acta de obra, que son aquellos instrumentos en los que se consigna el valor a cancelar, menos el valor que se descuenta en cada acta por descuento del anticipo, menos el valor que se retiene como garantía de la obra hasta su culminación, conforme se haya pactado.

- i) Son obligaciones del interventor: Auditar en forma simultánea todas las etapas de la ejecución del contrato; exigir del contratista el cumplimiento del contrato; resolver todas las consultas que se le formulen sobre los estudios técnicos, diseños, planos; recomendar y decidir los cambios en los planos y especificaciones que con justificación se requieran; practicar de manera permanente las inspecciones sobre las obras y el objeto del contrato, aceptar o rechazar la cantidad y calidad de materiales según los términos de referencia, pliegos de condiciones, sus anexos y el contrato mismo, ordenar la reposición de materiales y corregir errores o rehacer las cantidades de obra que se determinen, vigilar el uso de los equipos del contratante, autorizar las actas parciales de obra o de ejecución de bienes y servicios, verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del contratista, ordenar, recomendar y autorizar las modificaciones de los contratos, autorizar los descuentos de las actas parciales de las sumas del valor de las cantidades de obras, bienes o servicios realizadas sin su autorización, citar a reuniones de obras al contratista y a su equipo todas las veces que el desarrollo del contrato lo requiera, autorizar la modificación de cantidades, calidades y costos de la obra.

La ejecución del contrato, es el escenario en virtud del cual el contratista y el interventor se allanan a ejecutar integralmente el objeto, en la forma pactada en el contrato estatal, en los

pliegos de condiciones o en los términos de referencia. Pero además se presentan otras circunstancias, frente a las cuales las partes del contrato en virtud del derecho público de los contratos estatales y de las estipulaciones contractuales, deben tomar decisiones que afectan el contrato y a las partes. De allí, que el contrato en su ejecución, puede dar lugar a que se autoricen mayores cantidades de obras a la inicialmente pactadas, siempre que no sea posible proveerlas en la etapa precontractual, así como también puede presentarse la posibilidad de que se suscriban contratos adicionales hasta por el cincuenta por ciento de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes para obras complementarias a la principal.

Es posible que en desarrollo del contrato se presenten incumplimientos parciales que den lugar a la imposición de multas si fueron pactadas, o que por incumplimiento grave que ponga en peligro la suspensión de la obra o la prestación del servicio la administración declare la caducidad administrativa del contrato, o que ordene su terminación, interpretación o modificación ya sea de mutuo acuerdo o por decisión unilateral. De la misma manera, la administración puede hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando quiera que se haya producido un perjuicio a la administración y esta deba ser indemnizado, o deba declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva las garantías, o que se suspenda la ejecución de un contrato o un proceso selectivo en virtud de las facultades especiales que tiene la PGN. Igualmente, se pueden hacer reajustes de precios si fueron pactados, o se puede hacer el restablecimiento de la ecuación contractual o del equilibrio financiero del contrato, o la solución directa, conciliación prejudicial, judicial, a través de arbitramento técnico o de un tribunal de arbitramento, cuando quiera que surjan diferencias en el desarrollo del contrato

estatal.

Se trata de estudiar todas las eventuales conductas que se pueden presentar en la ejecución de un contrato estatal, y adecuarlas a las faltas disciplinarias previstas en el CDU, y proceder a realizar un juicio de responsabilidad que nos permita establecer cuales conductas son típica y antijurídicamente faltas disciplinarias gravísimas y cuales no, a mas de precisar cuales son las faltas por vía de acción u omisión que se pueden presentar en la ejecución del contrato estatal.

1. El juzgamiento disciplinario de los principios y reglas de contratación estatal desde el perfeccionamiento, plazo y ejecución del objeto del contrato estatal.

De conformidad con el artículo 48, numeral 30 del CDU, si durante la ejecución del contrato, los servidores públicos que funcionalmente tienen la competencia para comprometer la responsabilidad contractual de la administración, incurrirán en conductas, tales como la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad que viene desde la etapa precontractual y no se ha procedido a provocar la cesión del contrato o su terminación unilateral, así como si se permite que el contrato continúe su ejecución con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para su ejecución, o sin la obtención de la licencia de construcción, urbanismo o de la licencia ambiental, o sin que se haya aprobado el cierre financiero en los casos en que el contratista deba financiar el contrato con cargo a créditos de entidades crediticias, incurrirá en falta disciplinaria gravísima.

Si durante la ejecución del contrato, la administración debe autorizar mayores cantidades de obras, o suscribir contratos adicionales, o hacer uso de una prerrogativa pública, y el servidor público a sabiendas de que está incurso en conflicto de intereses para tomar la decisión y a pesar de eso, no se abstiene y por el contrario actúa, incurrirá en la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 del CDU, que se refiere a la prohibición de que el sujeto disciplinable actúe estando incurso en conflicto de intereses, es decir, es la incompatibilidad que existe en la exigencia que hace el ordenamiento jurídico al funcionario que debe actuar de determinada manera, y el interés propio que le asiste y lo motiva a actuar de otra forma para beneficiar sus propios intereses o los particulares de un tercero en ejercicio de una función pública o administrativa.

Será responsable por falta disciplinaria gravísima quien durante la ejecución del contrato realice cualquier actividad que genere detrimento al patrimonio público, tales como contratar con precios superiores a los del mercado, reconocer intereses comerciales que no han sido pactados, reconocer reajuste de precios que se hayan pactado, restablecer el equilibrio financiero del contrato sin que legalmente corresponda, es decir, por circunstancias atribuibles al contratista como reconocer prestaciones no ejecutadas, no hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria dándose las causales para ello, no hacer efectiva las garantías una vez se presente el siniestro, dejar expirar la vigencia de las garantías sin solicitar al contratista su ampliación, dar por recibidas cantidades de obras que no se han ejecutado, reconocer intereses moratorios habiendo tenido en caja los recursos para pagar las cuentas en tiempo.

Igualmente, responderán por falta disciplinaria gravísima conforme al numeral 32 del artículo 48 del CDU, quien declare la caducidad administrativa de un contrato estatal o lo de por terminado sin que se den las causales previstas en los artículos 17 y 18 del ECE, es decir, se sanciona la falsa motivación, ya que en ocasiones los servidores públicos dan por terminado contratos o declaran su caducidad con el único fin de adjudicárselo a otro contratista sin que concurren objetivamente las causales previstas en la ley y desde luego esto causa un traumatismo que no debe soportar la moralidad administrativa, como tampoco la imparcialidad y transparencia exigida a los servidores públicos. Así mismo, de conformidad con el numeral 34 y 35 del artículo 48 del CDU, constituye falta disciplinaria gravísima, cuando el servidor público en representación de la entidad pública contratante, no exige al interventor la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad conforme al contrato, pliegos de condiciones, la oferta y los estudios previos. Debe distinguirse el interventor del supervisor, ya que el primero es un servidor público o un particular ya sea persona natural o jurídica, que representa los intereses de la entidad pública contratante en la ejecución del contrato y por ello debe responder por la ejecución técnica del mismo en todas sus dimensiones, teniendo en cuenta que es un experto en el objeto contratado.

En cuanto tiene que ver con el silencio administrativo positivo, se observa que si bien está descrito como falta disciplinaria gravísima, debe tenerse en cuenta que en materia de contratación implica la configuración de un acto administrativo positivo, cuando pasados tres meses de haber el contratista formulado una petición sin que se le haya dado respuesta se presume que esta es positiva, y ello ocurre cuando se solicita la suspensión del contrato,

actuando en una u otra forma, sin que tenga el alcance de configurar decisiones positivas presuntas que implique erogación patrimonial o reconocimiento y pago de los mismos, ya que en la administración pública la ordenación del gasto conforme el estatuto de presupuesto que es el Decreto No.111 de 1996, norma aplicable tanto a las entidades nacionales como a las territoriales, en el caso de estas últimas ante el vacío de su norma especial se aplica la general, encontramos que la ordenación del gasto se realiza mediante acto administrativo expreso, y no admite en ningún caso la ordenación del gasto por el paso del tiempo, es decir, mediante la configuración de un silencio administrativo positivo como acto ficto o presunto.

Los principios de contratación estatal, que se pueden vulnerar en la etapa de ejecución del contrato, constituyen faltas disciplinarias gravísimas para los servidores públicos conforme al artículo 48, numeral 31 del CDU, que dispone: *“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”*, es decir, esos principios son los previstos en el ECE y en el artículo 209 de la Constitución Política. Los particulares tienen descritas sus propias faltas disciplinarias gravísimas, y en materia de contratación estos sólo responden tanto en la etapa precontractual, como contractual, o postcontractual conforme al numeral 1° del artículo 55 del CDU, por faltas disciplinarias gravísimas de acuerdo a las descripciones típicas penales, que en este caso son los delitos de celebración indebida de contratos conforme a los artículos 408, 409 y 410 de la Ley 599 de 2000.

Las conductas que en la etapa de ejecución del contrato, pueden constituir falta disciplinaria gravísima por violación al principio de transparencia, consisten en que se tomen decisiones mediante acto administrativo sin motivación alguna, o con abuso o desviación de poder o con falsa motivación, o que se suscriban contratos adicionales con el límite del 50% del valor inicial o por encima de este, sin que tenga relación alguna las cantidades de obras adicionadas al contrato principal con el objeto inicialmente pactado, o porque teniéndola el fin no es el de desarrollar o ejecutar las obras adicionales por parte del mismo contratista conforme a la coherencia que deben guardar los estudios y diseños, sino para favorecerlos e evitar que otras personas puedan participar en el nuevo proceso selectivo para la adjudicación de un nuevo contrato. Así mismo, se vulnera el principio de transparencia, cuando se autorizan mayores cantidades de obra, con el fin de favorecer al contratista que venía ejecutando el contrato cuando estas deban ser objeto de otro proceso selectivo, así como también cuando se da por terminado ya sea de mutuo acuerdo o por decisión unilateral de la administración, o cuando se declara la caducidad administrativa del contrato o se tramita la cesión, y la administración en el nuevo proceso selectivo de contratación directa adjudica el contrato sin sujeción al deber de selección objetiva, ya que el nuevo contratista-cesionario debe reunir los mismos requisitos previstos en el pliego de condiciones o términos de referencia para acceder al contrato, variando únicamente la cantidad de bienes y servicios que constituyen el objeto del contrato y el precio, en tanto debió disminuir su cuantía al haber ejecutado alguna parte el contratista inicial.

El principio de moralidad administrativa, se vulnera si conforme al artículo 4º del ECE ocurre lo siguiente:

- a) Cuando se omite el deber de exigir al contratista y al garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.
- b) Cuando no se adelantan las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
- c) No solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio financiero del contrato.
- d) La omisión de realizar las revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra estas y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.
- e) La omisión de realizar las revisiones periódicas cuando menos cada dos meses.
- f) No exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas

en los acuerdos internacionales por Colombia.

- g)** La omisión de adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que se sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado; repetir o llamar en garantía a los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.
- h)** La omisión de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa.

Para ello, deberán utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirían a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente el doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Por último, las entidades actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; con este fin, en el menor tiempo posible corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

El principio de economía contractual, previsto el artículo 25 del ECE, se vulnera en la etapa de ejecución del contrato y por ende constituye falta disciplinaria gravísima, cuando el servidor público actúa sin consideración a que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados; así mismo cuando los tramites se adelanten sin consideración a la austeridad de tiempo, medios y gastos, y además sin impedir las dilaciones o retardos en la ejecución del contrato; o cuando se ordena la apertura del proceso selectivo sin que existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales etc., es decir, cuando se actúa incurriendo en una gestión antieconómica o contrariando las exigencias contractuales contenidas en el objeto del negocio jurídico.

Los servidores públicos responsables de la actividad contractual de la administración, incurrirán en violación al principio de responsabilidad y por ende en falta disciplinaria gravísima, cuando conforme al artículo 26 del ECE, no busquen con el contrato el cumplimiento de los fines estatales, no vigilen la correcta ejecución del objeto del contrato y no protejan los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del mismo; igualmente responden por sus acciones u omisiones antijurídicas, por haber ordenado la apertura de los procesos selectivos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarias, o cuando hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por

parte de aquellos, de tal manera que la omisión o acción que de trascender a lo formal, produzca sustancialmente una afectación o perturbación al procedimiento selectivo, o a la ejecución del contrato o al producto de este sin justificación alguna.

El principio de la ecuación contractual, o equilibrio económico y financiero del contrato según el contenido del artículo 27 del ECE, consiste en el mantenimiento de la igualdad o la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Si esta igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

De allí que las partes, podrán suscribir acuerdos y pactos sobre la cuantía, condiciones y forma de pago de los gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación presupuestal. La infracción al deber de restablecer el equilibrio financiero del contrato, o de abstenerse de hacerlo, constituye falta disciplinaria gravísima si se restablece la ecuación contractual ilegalmente o porque procediendo no se hace sin justificación alguna.

2. La responsabilidad disciplinaria de los sujetos contractuales en la ejecución del contrato estatal.

Es necesario precisar que los sujetos disciplinables contractuales conforme al artículo 25 del CDU, son los servidores público en sus distintas modalidades ya sea funcionario o empleado público de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa; los trabajadores

oficiales vinculados mediante contrato de trabajo a término fijo o indefinido, los funcionarios de periodo fijo como los alcaldes, gobernadores, contralores, personeros; miembros de corporaciones públicas como los congresistas, diputados y concejales; así como los gerentes de cooperativas, fundaciones o corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Estos tienen la calidad de servidores públicos, cuyas funciones son de carácter permanente; así como los miembros de consejos y juntas directivas que ejercen funciones públicas de carácter transitorio. Todos estos servidores públicos, que realicen conductas en relación directa o indirecta en razón o con ocasión del contrato estatal, son sujetos disciplinables contractuales, y se les aplica las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 44 del CDU, y pueden incurrir en las faltas leves o graves del artículo 34 y 35 Ibídem, así como también en las faltas disciplinarias gravísimas del artículo 48 del estatuto disciplinario.

Los particulares sujetos disciplinables contractuales, como los interventores o los contratistas que presten servicios públicos de educación, salud, de saneamiento ambiental, y saneamiento básico: agua potable, alcantarillado y aseo; así como los que presten funciones públicas en desarrollo de potestades inherentes al Estado, son particulares que sólo responden por faltas disciplinarias gravísimas conforme al artículo 55 del CDU; por tanto, las faltas disciplinarias gravísimas de naturaleza contractual para particulares no son las previstas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, sino las previstas en el numeral 1º del artículo 55 Ibídem, que son fundamentalmente los delitos de celebración indebida de contratos, pues el CDU en materia contractual no tiene descritas faltas disciplinarias gravísimas específicas para los particulares, razón por la cual hay que acudir a normas extra-disciplinarias como a las descripciones típicas

penales previstas en el artículo 408, 409 y 410 del Código Penal.

Debemos tener en cuenta que para formular pliego de cargos y para fallar un proceso disciplinario cuando las faltas gravísimas tienen una connotación o una naturaleza contractual, es decir, se produjo en razón y con ocasión de la actividad contractual de la administración; debe el operador jurídico además de verificar la existencia de la conducta, adecuarla al tipo disciplinario, acudiendo al derecho público de los contratos estatales que es la contratación debida, y luego debe asegurarse el juez disciplinario que esa adecuación típica no sea formal, es decir el simple encuadramiento de la conducta en el tipo disciplinario, ya que conforme al artículo 5° del CDU, y la Sentencia C-948 de 2002 de la Corte Constitucional, las faltas disciplinarias no son de mera conducta, no están constituidas por la simple infracción al deber, sino que con ella se afecte el deber funcional sin justificación alguna, que es lo que conocemos como ilicitud sustancial.

El fundamento del cargo formulado en el pliego o del juicio de valor que se realice en un fallo disciplinario para sancionar o absolver al justiciable, precisamente debe estar compuesto por un la adecuación típica y la argumentación que fundamente la afectación al deber funcional sin justificación alguna. Esa carga argumentativa la tiene el juez disciplinario y por ello es necesario aprovechar la oportunidad de señalar que la carga probatoria la tiene el Estado como titular de la acción disciplinaria, evitando que los operadores jurídicos produzcan decisiones disciplinarias, tales como autos de apertura de investigación, pliegos de cargos, sin las suficientes pruebas para evitar que precluyan los términos u ocurra el fenómeno de la prescripción de la acción y no le prescriba el término de la acción disciplinaria, argumentando

en ocasiones que como quiera que el procesado no desvirtuó el cargo, la consecuencia jurídica es la atribución de la responsabilidad disciplinaria y con ella la sanción de la misma naturaleza.

Si el Estado a través del juez disciplinario está realizando una imputación disciplinaria a un sujeto del CDU, debe soportarlo en las pruebas que ha aportado el proceso, y desde luego el investigado en su defensa puede desvirtuar los cargos y las pruebas, ya porque se practicaron con violación al debido proceso o porque fueron indebidamente valoradas, o se probó que el hecho no existió, el procesado no lo cometió, o estaba amparado en una causal excluyente de responsabilidad; pero que en todo caso si el justiciable no aportó la prueba que requiere el Estado para absolverlo esta ausencia en ningún caso debe ser la motivación para sancionarlo, ya que es el Estado el que tiene la carga probatoria y si no pudo probarlo el cargo disciplinario se impone la absolución del investigado.

Debe tenerse en cuenta para la atribución de responsabilidad disciplinaria, que todas las actuaciones, comportamientos o conductas de los sujetos disciplinarios contractuales deben ser conforme a las reglas de la administración de los bienes ajenos, y en este sentido se debe actuar con suma diligencia, cuidado, de buena fe y siempre procurando la eficiencia y eficacia de cada conducta tendientes a la conservación y maximización de las utilidades que generen tanto en rendimientos financieros como generadores de capital social. En el mismo sentido, encontramos que si bien el responsable de la gestión de la actividad contractual de la entidad pública es su representante legal o el jefe del organismo y que este no puede delegar la responsabilidad en los concejos distritales o municipales, juntas o consejos directivos, comités asesores, o en organismos de vigilancia y control, no es menos cierto que esto no implica que

en derecho disciplinario se aplique la responsabilidad objetiva, ya que la responsabilidad política por la ejecución de la actividad contractual de la Entidad, es exclusiva del jefe del organismo sin perjuicio que realice directamente la actividad contractual, o la ejecute a través de la delegación parcial o total.

Cuando el jefe del organismo contrata directamente, y acompaña y dirige la ejecución del contrato, conforme al principio de legalidad y la facultad de las entidades de expedir sus manuales de contratación, es procedente que el jefe del organismo cree comités asesores de contratación para que lo asesores le adviertan de manera permanente sobre el diario transcurrir de la ejecución de un contrato, pues de lo contrario sería exigir lo imposible, ya que materialmente no se puede estar atento a las minucias y particularidades de todos los contratos que ejecutan las entidades públicas, pues además debe atender otros asuntos administrativos al interior de la entidad, citaciones al Congreso de la República, a la Asamblea Departamental, Concejos municipales o distritales según el nivel.

Es por ello que al interior de cada organización existen distintas dependencias que de acuerdo a la cláusula de competencia tienen atribuciones propias que ejercer, y nada impide que el jefe del organismo controle la gestión de la actividad contractual de la administración. Lo que no puede este, es desprenderse de la responsabilidad de la contratación a través de comités asesores; pero en todo caso, al juzgar los comportamientos contractuales siempre se va a analizar la conducta propia de cada agente estatal, que es la responsabilidad personal o subjetiva de naturaleza sancionatoria.

Es por ello, que las juntas o consejos directivos deberán responder por la reglamentación de las cuantías al interior de las organizaciones públicas como límite para delegar total o parcialmente, así como la definición de quién de los funcionarios del nivel directivo debe ser el delegatario; así como también deben responder los Concejos y las Asambleas por las facultades y autorizaciones que concedan a las administraciones distritales, municipales y departamentales para contratar, pero en todo caso cada uno responde por el uso que haga del principio de legalidad conforme a sus competencias.

El juez disciplinario cuando está juzgando conductas descritas como faltas disciplinarias de naturaleza contractual y si se encuentra ante la vulneración de principios de contratación esencialmente, en el que vamos a encontrar que son herramientas gerenciales que le confiere el legislador al agente estatal para que administre y dirija la contratación conforme a las reglas del buen administrador de bienes ajenos, es decir, tomar decisiones debidamente motivadas teniendo en cuenta que deben perseguir la consecución de los fines estatales con el contrato estatal. Por ello, la norma describe un supuesto de hecho y varias consecuencias jurídicas, para que en cada momento concreto la administración de manera responsable y mediante acto motivado escoja dentro de las múltiples alternativas de solución que ofrece la norma, aquella que más convenga a los intereses estatales; por ello la motivación debe contener la fundamentación o argumentación de las razones en que se funda la decisión, descartando las otras alternativas previstas en la norma.

La razón más importante que nos demuestra que en contratación estatal las decisiones no se soportan formalmente en una norma jurídica, sino que a partir de ella debe fundarse en

motivos que material o objetivamente justifique la toma de la decisión, es que si no fuera así la administración ante el supuesto de hecho contenido en una norma de contratación estatal, podría escoger discrecionalmente una entre las múltiples alternativas de solución que ofrece la misma norma, pues cualquiera de ella tiene sustento en la misma norma. Pero de acuerdo a los principios que orientan la función administrativa y los fines que se persiguen con el contrato estatal, la administración no tiene facultades discrecionales para tomar decisiones contractuales o escoger la solución que crea conveniente, pues debe evaluar todas las alternativas de solución o decisión que plantea la norma jurídica y luego de realizar la ponderación de cada una de ellas, es el juicio de razonabilidad el que determina cuál de las múltiples decisiones debe ser la que se escoja teniendo en cuenta la conveniencia de la administración con justificación. En este caso, estamos ante la evidencia que en contratación estatal las decisiones no se soportan formalmente en una norma jurídica, sino que a partir de ella debe fundarse en motivos que material u objetivamente justifique la toma de la decisión.

Si no fuera así, la administración ante el supuesto de hecho contenido en una norma de contratación, podría escoger discrecionalmente una entre las múltiples alternativas de solución que ofrece la misma norma, pues cualquiera de ella tiene sustento en la misma y debe tener en cuenta la conveniencia de la administración al momento en que debió tomar la decisión contractual, ya que allí fue donde concurrieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la configuración de la falta disciplinaria y son esas las que deben ser tenidas en cuenta para determinar la dosimetría de la inhabilidad si se trata de falta gravísima, o de la determinación de la levedad o la gravedad de la falta.

Si el juez se ubica en ese momento cronológico, está juzgando una conducta que siendo instantánea o de tracto sucesivo ya se consumó, y en ese momento el juez puede establecer si el agente estatal pudo o no prever cuál era el efecto de esa conducta en el futuro. Pero en ocasiones ocurre, que el juez disciplinario al formular el pliego de cargos o el fallo disciplinario no se ubica en el momento cronológico en que el procesado se encontraba cuando se tomó la decisión, sino que ubica la conducta en el momento en que falla, extendiendo la comisión de la conducta a este momento, al punto que le señala que la decisión a tomar no debió ser esa sino la otra, pero al juez le queda fácil afirmarlo posteriormente, porque con el paso del tiempo, ya las circunstancias le mostraron la conveniencia de esa decisión, pero que el procesado en el momento en que la tomó no podría preverlo.

El juez disciplinario no puede exigir otro comportamiento al agente contractual disciplinado, cuando los efectos de la decisión se vieron afectados por circunstancias imprevisibles al momento de tomarla, pues se puede establecer cuál es la más conveniente para la administración teniendo en cuenta condiciones jurídicas existentes que se presentan en ese momento y circunstancias futuras previsibles, mas no se puede responder disciplinariamente por una decisión contractual que en su momento era la más conveniente, pero en la ejecución del contrato nadie puede asegurar que ese comportamiento que sugiere el juez, de haber sido el escogido por la administración contratante, en el futuro no iba a verse afectado por circunstancias imprevisibles.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

Es importante señalar, que es durante la etapa de ejecución del contrato donde se presenta el mayor número de actuaciones ya sean por vía de acción u omisión contractual que pueden dar lugar a la adecuación a un tipo disciplinario, constituyendo ya sea una falta disciplinaria leve, grave o gravísima.

Es por ello que durante la ejecución del contrato los distintos servidores públicos que tienen deberes funcionales frente a la ejecución del contrato, deben mantener toda la diligencia y cuidado a fin de cumplir con cada una de sus obligaciones contractuales y deberes impuestos por el Estatuto General de Contratación, así como también los interventores quienes son sujetos del derecho disciplinario, mas no los consultores supervisores privados, quienes son contratistas particulares sustraídos de la relación especial de sujeción entre la administración pública y este como sujeto contractual de la administración.

La etapa contractual o de ejecución del contrato se inicia, con la suscripción del contrato por las partes, es decir, tanto por el contratista, ya sea persona natural, persona jurídica, consorcio o unión temporal, como por el contratante estatal, esto es por el representante legal de la Entidad, el jefe del organismo o el delegatario del mismo. El acto de suscripción del contrato, o de la firma, constituye el acto que jurídicamente se conoce como de “celebración del contrato”, Una vez se celebre el contrato, debe cumplirse tanto con los requisitos legales como contractuales para la ejecución del mismo, estos es: Los requisitos legales, son los previstos en la Ley 80 de 1993, tales como la publicación del contrato en el Diario Oficial o Gaceta Departamental,

Distrital o Municipal según sea el caso, el registro presupuestal o el cierre financiero para los contratos de concesión, y la aprobación de la garantía de cumplimiento.

Los requisitos contractuales para la ejecución de los contratos, son aquellos previstos en el mismo contrato tales como: La aprobación de las hojas de vida del recurso humano técnico-especializado que va a trabajar en el proyecto; en el evento en que los contratos tengan periodo de preconstrucción, construcción y mantenimiento, ya sea de obra pública o de concesión de obra pública, el contrato puede establecer que la garantía de cumplimiento puede presentarse por etapas, esto es, una garantía por cada etapa del periodo de ejecución del contrato, debiendo someterse como condición para suscribir el acta de inicio de una nueva etapa del contrato a la presentación y aprobación de la garantía única de cumplimiento respectiva, so pena de declaración de caducidad del contrato.

Para los contratos estatales de obra pública o de concesión, éste también puede exigir como requisitos para el inicio de la ejecución del contrato, la entrega y recibo de los estudios y diseños para que el contratista se apropie de ellos. La apropiación de los diseños consiste en el estudio que hace el contratista constructor de los diseños elaborados por el consultor para implantarlos, esto es para construirlos.

El acto de apropiación consiste en que el contratista recibe los diseños, los estudia, se apropia de ellos y bajo su exclusiva responsabilidad previa aprobación del interventor o de la Entidad según estipule el contrato, le hace los ajustes, complementaciones y adaptaciones y una vez realizada ésta actividad se inicia la ejecución del contrato en su etapa de construcción. Este

periodo dentro del cual el contratista constructor hace la apropiación de los diseños, es lo que se conoce como periodo de preconstrucción. En este periodo de preconstrucción se hace la apropiación de los diseños, y una vez culmine, el contratista debe para iniciar la etapa de construcción según lo estipule el contrato hacer entrega a la Entidad y al interventor de los diseños apropiados, ajustados, complementados y adaptados, así como el cronograma detallado de las obras, la programación de las obras en sus distintos frentes de trabajo y la memoria técnica que contiene los estudios y diseños apropiados.

Apropiación consiste en la actividad de contratista de estudiar los diseños, y bajo su propia responsabilidad y a su cargo adaptarlos, complementarlos y ajustarlos.

Pero es posible que el contrato, según la naturaleza de los diseños y el proyecto de construcción, establezca que no existe apropiación de diseños, sino que la Entidad le entrega al constructor los diseños para que durante el periodo de preconstrucción los estudie y analice con el acompañamiento del consultor que elaboró los correspondientes estudios y diseños, en donde las adaptaciones, complementaciones y ajustes los realice el consultor que elaboró los diseños.

En todo caso la actividad de adaptación, consiste en que los diseños y planos pueden adaptarse a los cambios en los procesos constructivos del ítem de la obra si ello lo permite el contrato, por razones técnicas justificadas o por necesidades objetivas establecidas por los organismos de planeación urbana. Las complementaciones de los diseños hacen relación a que dada la complejidad de los proyectos se hace necesario en la etapa de preconstrucción complementar

un plano o un diseño geométrico cuyo plano inicial no tuvo en cuenta un problema de estudio de suelos. Los ajustes de los diseños tienen que ver con los cambios que imponen una decisión de una autoridad de movilidad, tránsito o transporte, tal como la ampliación de un desvío, o que impone la construcción de un puente peatonal o sobre nivel o un vox culver que hace parte de otro proyecto que intercepta la troncal.

Así las cosas, observamos que una vez cumplidos estos requisitos contractuales, se puede dar inicio a la etapa de construcción. La consecuencia inmediata del inicio del periodo de construcción es el desembolso del anticipo al contratista, cuyos dineros deben ser depositados en la cuenta de la fiducia que se contrate para el efecto, tal como lo exige el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

El mundo real de los contratos de obra y/o concesión de obra pública presenta una necesidad con ciento por ciento de probabilidad de ocurrencia y es que durante la ejecución de los contratos deba realizarse ajustes, complementaciones o adaptaciones o nuevos diseños, ya sea por faltantes de planos o por que su necesidad surja durante la ejecución de los contratos. Allí ocurre lo que la doctrina técnica contractual como conoce como el diseño del plano record, que solo se conoce con la entrega de la obra, es decir, hasta que esto no se produzca existe la posibilidad de hacer diseños nuevos, adaptaciones, complementaciones y ajustes.

Por experiencia sugiero, que la Entidad debe exigir en el contrato de consultoría que tanto el consultor como el interventor que le hace vigilancia le certifique a la Entidad la suficiencia de los estudios y diseños para licitar la obra, así como la responsabilidad que asume por los

productos que entrega conforme a los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 1474 de 2011. Así mismo, sugiero que los contratos de consultoría deben comprender obligaciones, tales como la de acompañar al contratista constructor durante la etapa de preconstrucción de la obra y de hacer las complementaciones, ajustes, adaptaciones y diseños nuevos para iniciar la etapa de construcción. Una vez suscrita el acta del periodo de construcción, los ajustes, adaptaciones y complementaciones o diseños nuevos surjan serán responsabilidad y a cargo del contratista constructor.

Así mismo, si finalizada la etapa de preconstrucción de la obra, no se ha culminado la apropiación, estudio o análisis de los diseños, o no se ha realizado la totalidad de las adaptaciones, complementaciones, ajustes, diseños nuevos o faltantes, sugiero que no se introduzcan modificaciones al contrato inicial para dar lugar al inicio del periodo de construcción sin que se haya cumplido con la totalidad de los requisitos previstos en el contrato inicial, tales como la apropiación, estudio y análisis de la totalidad de los diseños, las adaptaciones, ajustes y complementaciones de la totalidad de los diseños, el cronograma definitivo de obra detallada, la memorial técnica de los estudios y diseños de la totalidad de los productos. No debe modificarse éstas condiciones a través de otros ítems contractuales, porque eso que se observa como medidas para remover los obstáculos que se presentan durante la ejecución de los contratos, es aprovechado por los contratistas para reclamar y demandar de la administración y ante los organismos de control penal, fiscal y disciplinario incumplimientos por parte de la administración. En ello fundamentan todas las reclamaciones futuras, de desequilibrio económico del contrato, incumplimientos en los cronogramas de la obra, incumplimientos técnicos, concretándolos en insuficiencias iniciales de diseños y retrasos en la

entrega de los cronogramas de predios.

Si culminado el periodo de preconstrucción, resultan algunos elementos o requisitos que aún no se han cumplido para iniciar el periodo de construcción, lo sugerible es suspender la ejecución del contrato mientras se cumple con éstos requisitos, o aplazar el periodo de construcción, o ampliar el periodo de preconstrucción mientras se culmina con el cumplimiento del último requisito.

Recordemos, que para tomar decisiones contractuales no basta consultar la norma jurídica que lo permite, sino también tener en cuenta los operadores judiciales, esto es, los fiscales, jueces civiles y penales, los contralores, procuradores y personeros municipales y distritales. Los órganos de vigilancia y control, fiscales y jueces, expertos y especializados en derecho penal, en derecho disciplinario y fiscal, regular y usualmente no son expertos en contratos estatales, ni han tenido la experiencia precontractual, de ejecución contractual y poscontractual, sin embargo dentro de sus competencias les corresponde juzgar los comportamientos contractuales, y en ocasiones ven con preocupación, desconfianza, sutileza las variaciones, modificaciones que se realizan durante la ejecución del contrato a las estipulaciones contractuales iniciales. De allí, que lo sugerible, es que se tomen decisiones contractuales desde una perspectiva conservadora, esto es, de la literalidad de la norma, de la jurisprudencia y de las estipulaciones contractuales, es decir, entendiendo que todas las normas contractuales son disposiciones jurídicas reglas, y que las normas principios del Estatuto Contractual no son mas que unos postulados retóricos jurídico-académicos, que nos indican la finalidad filosófica de la contratación, pero que tomar decisiones amparados en que se pueden tomar las decisiones que

persigan esos fines, es colocar la actuación de las partes contractuales en la mayor inseguridad jurídica, esto es, en manos de la doctrina y la jurisprudencia de los operadores judiciales, que desde luego, siempre será mas fácil juzgar que actuar, y mas fácil juzgar luego de que se tomaron las decisiones, que tomar decisiones en un entorno contractual presente y actual que no puede observar las circunstancias imprevisibles que entorpecen la efectividad de la medida que se tomó en un momento contractual determinado en el que las condiciones permitían de una manera posible la ejecución eficaz de la decisión contractual.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FALTA DISCIPLINARIA EN EL EJERCICIO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN, EN LAS PRERROGATIVAS, POTESTADES PÚBLICAS O RÉGIMEN DE EXORBITANCIA DE LA ADMINISTRACION EN EL CONTRATO ESTATAL.

Uno de los criterios de distinción entre el contrato estatal y los contratos de derecho privado, son las prerrogativas públicas de la administración o posición de privilegio frente al contratista estatal. Es una excepción a los contratos de derecho privado, ya que razones de orden público y de interés general dan lugar a que el Estado adquiera legítimamente estas facultades, que de tenerlas las partes en el contrato de derecho privado serían ilícitas. Estas potestades dan lugar a la ruptura al principio de igualdad de las partes, pues sabemos que en el contrato de derecho privado todas las controversias que surjan con ocasión y en razón del contrato se resuelven por mutuo acuerdo o por resolución judicial; mientras que en el contrato estatal la administración igualmente puede resolver diferencias por mutuo acuerdo o por resolución judicial, pero en virtud de estas prerrogativas públicas pueden tomar decisiones unilaterales que obligan al contratista particular.

Es importante, ahondar en el tratamiento legislativo y disciplinario que le da el ECE y el CDU a las prerrogativas públicas, ya que en su aplicación el agente estatal debe tener en cuenta que está desprovista de todo elemento de discrecionalidad, ya que son facultades precisamente regladas, y cualquier decisión que se tome al respecto debe fundarse en supuestos de hechos previstos en la norma, conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad, así como la

medición de sus efectos teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas existentes y previsibles al momento de tomar la decisión. Como quiera que estas facultades son ajenas a las del derecho privado, es importante señalar que la administración hace uso de estas prerrogativas por medio de actos administrativos unilaterales, que son objeto de control contencioso administrativo a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA, y sobre tal comportamiento también es posible que el Estado active la acción disciplinaria, fiscal y penal, pues al ser prerrogativas de excepción de interpretación y aplicación restrictiva, pueden dar lugar a la comisión de faltas disciplinarias, delitos y a la configuración de un detrimento patrimonial estatal.

1. Potestades y facultades de las administraciones públicas como sujetos del contrato estatal.

Las prerrogativas públicas o cláusulas de privilegio, son aquellas cuya titularidad la tiene el Estado contratante, donde de manera unilateral toma decisiones que vinculan al contratista particular. La primera de ellas, son las cláusulas excepcionales al derecho común, tales como la caducidad administrativa, la terminación, modificación, interpretación unilateral y sometimiento a las leyes nacionales y la cláusula de reversión; sin embargo la administración contratante cuenta con otras facultades en las que asume una posición de privilegio frente al contratista particular, que merecen ser consideradas genéricamente como prerrogativas públicas, pero que específicamente son denominadas cláusulas de privilegio, ellas son: la cláusula de garantías, cláusula de multas, y cláusula penal pecuniaria, declaración de incumplimiento para hacer efectiva la garantía y la liquidación unilateral del contrato; y por

último las atribuciones excepcionales que son la terminación unilateral del contrato en los casos de nulidad absoluta; y la atribución de la PGN de solicitar la suspensión de los actos, actuaciones y contratos estatales.

Estas encuentran justificación en el interés general, ya que en presencia de circunstancias que impidan la ejecución del contrato o que evidencien su paralización o la suspensión del servicio o el suministro del bien, se debe tomar las medidas para impedirlo. El interés público impone que ante el fracaso de la etapa del mutuo acuerdo, la administración pueda tomar la decisión de manera unilateral con el fin de remover los obstáculos que paralizaron la obra, o condujeron a la interrupción de la prestación del servicio o el suministro del bien. Es así, como la administración puede declarar la caducidad administrativa de un contrato, y contratar con otro contratista, intervenir el contrato para evitar que se paralice o suspenda; interpretarlo, modificarlo o darlo por terminado, así como la posibilidad de imponer multas, o hacer efectivas las garantías o la cláusula penal pecuniaria. En el ejercicio de las potestades o prerrogativas públicas, pueden presentarse conductas descritas como faltas disciplinarias, razón por la cual, cada una de ellas merecen especial análisis.

2. Cláusulas excepcionales-ordinarias al Derecho Común: Régimen de exorbitancia del Estado contratante.

El criterio tradicional de distinción de los contratos de derecho privado y los contratos administrativos, era el de la existencia o estipulación de cláusulas exorbitantes. Hoy, cuando el derecho administrativo ya no es definido como el derecho de la administración sino el derecho

de lo público, existe una huida del derecho administrativo, o ius privatización del este, y es lo que modernamente se conoce como derecho administrativo privado, es decir, los particulares como colaboradores del Estado se convierten en titulares de la función administrativa como en el caso de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y los concesionarios.

Este fenómeno consiste, en que cada vez mas el mundo de los negocios, el mercado y la necesidad del Estado han obligado a este a acudir a los particulares que como colaboradores de la administración interactúen en la prestación de servicios públicos a cargo. De allí, que hoy por hoy ya las cláusulas exorbitantes no son un criterio válido para distinguir los contratos de derecho privado de los contratos administrativos, en cuanto existen contratos estatales que no contienen la estipulación de cláusulas exorbitantes, mientras que existen contratos de derecho privado suscrito entre dos particulares que llevan estipuladas cláusulas excepcionales como es el caso de los contratos de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Por norma general, el principio de igualdad de la partes en el contrato de derecho privado, consiste en que los extremos de la relación contractual se encuentran en igualdad de condiciones, y cualquier diferencia se soluciona por mutuos acuerdo o mediante resolución judicial.

En los contratos estatales el principio de igualdad de las partes frente al contrato estatal, sufre una ruptura constitucional fundada en razones de orden público y de interés general; lo que hace que el Estado contratante adquiera legítimamente unas potestades, que de tenerlas en el

contrato de derecho privado serían ilícitas.

Estas potestades, son denominadas genéricamente prerrogativas públicas de la administración o posición privilegiada de la administración, así como también régimen de exorbitancia, y son aquellas cuya titularidad radica en el Estado contratante, o en el particular contratante cuando es un agente prestatario de un servicio público domiciliario, donde el contratante puede tomar decisiones unilaterales previa garantía del derecho al debido proceso y de defensa.

Estas prerrogativas, potestades de privilegio o cláusulas exorbitantes, son denominadas así genéricamente en cuanto el Estado se comporta de la misma manera, es decir, aunque entre ellas haya diferencias, siempre sus decisiones son unilaterales a falta de mutuo acuerdo en aquellas cosas que sean renunciables y transigibles. Estas se clasifican así: Cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas de privilegio, y atribuciones excepcionales.

- a.- Potestades o cláusulas excepcionales al derecho común, tales como la caducidad administrativa, terminación, modificación, interpretación, reversión y sometimiento a las leyes nacionales.
- b.- Existen otras, que son las denominadas cláusulas de privilegio, como las garantías, las multas, la penal pecuniaria y la facultad de declarar el incumplimiento administrativo del contrato para efecto de hacer efectiva las garantías.
- c.- Las atribuciones excepcionales que son la terminación unilateral del contrato en los

casos de nulidad absoluta y la atribución de la Procuraduría General de la Nación y las personerías de solicitar la suspensión de los actos, actuaciones y la ejecución de los contratos estatales.

2.1 Las Cláusulas Excepcionales al Derecho Común.

Son aquellas previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, que de manera definida y reglada por razones de interés general habilitan a la administración para tomar decisiones unilaterales mediante actos administrativos motivados, a las que el contratista particular debe someterse.

Estas cláusulas excepcionales, de conformidad con el artículo 14 de la ley 80 de 1993 se clasifican en tres:

- a) **Cláusulas excepcionales obligatorias o presuntas.** Se denominan así, porque la administración debe estipularlas con el contratista particular de manera obligatoria, so pena de entenderlas de manera presunta incorporadas al contrato. Ellas son obligatorias en: (i) Los contratos de obra; (ii) Los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio del Estado; (iii) Los contratos de prestación de servicios públicos; (iv) Los contratos para la explotación o concesión de bienes del Estado.

- b) **Las cláusulas excepcionales facultativas:** Son aquellas que de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad pueden pactarse o no en los contratos de suministro o en los de prestación de servicios.

- c) **Las cláusulas excepcionales prohibidas.** El artículo 14, parágrafo de la Ley 80 de 1993, prohíbe pactarlas en los siguientes contratos: (i) Contratos con personas jurídicas de derecho público de carácter internacional, organismos multilaterales de ayuda, asistencia técnica o científica; (ii) Contratos interadministrativos; (iii) Contratos de empréstitos; (iv) Contratos de donación; (v) Contratos de arrendamiento; (vi) Contratos para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas y; (vii) Contratos de seguros.

Existen regulaciones especiales, como en los contratos que suscriban las Empresas Sociales del Estado, en donde de conformidad con la Ley 100 de 1993, se pueden estipular cláusulas excepcionales de conformidad con la reglamentación que de ellas realice su junta directiva en el manual de contratación respectiva. Lo mismo ocurre en las Universidades Públicas en donde de conformidad con la Ley 30 de 1992, los Consejos Superiores Universitarios pueden reglamentar las cláusulas excepcionales en sus manuales o estatutos de contratación.

En las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Ley 689 de 2000 señala que estas pueden estipular cláusulas excepcionales previa autorización de la Comisión de regulación respectiva, esto es, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones; la Comisión de Regulación de Energía y Gas, adscrita al Ministerio de Minas

y Energía; y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, Agua Potable y Desarrollo Territorial. Estas pueden pactarse ya sea porque la Empresa de servicios públicos domiciliario solicitó a la comisión respectiva la correspondiente autorización, o porque ésta la hace obligatoria en ciertos contratos, sin importar que el agente prestatario del servicio sea una persona natural, persona jurídica de derecho público con capital estatal ciento por ciento, mixta o privada, pues estos los agentes que pueden prestar servicios públicos domiciliarios conforme a la ley 142 de 1994.

2.2 Tipología de las Cláusulas Excepcionales al Derecho Común.

Los tipos de cláusulas excepcionales al Derecho Común que se estipulan en los contratos estatales, se pueden clasificar, así:

2.2.1 Caducidad Administrativa de los Contratos Estatales.

El artículo 18 del ECE, establece:

“La caducidad es la estipulación contractual en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención

necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la Ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

De esta norma se tiene, que existe una causal única ordinaria de caducidad, que para habilitar a la administración contratante para tomar la decisión de declarar la caducidad administrativa del contrato, previa garantía del derecho fundamental constitucional al debido proceso, debe la entidad pública contratante encontrar acreditado los siguientes requisitos:

- a) Que se presenten hechos objetivos que puedan o sean constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, calificado por el interventor y la administración como “grave”.
- b) Que ese hecho de incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
- c) Que el hecho ponga en evidencia que su gravedad puede conducir a la paralización del contrato o la interrupción o suspensión del servicio que se presta.

Una vez establecido los requisitos anteriores, el Representante Legal o el jefe del organismo contratante o quien tenga la delegación total para efectos contractuales tomará la decisión mediante acto administrativo debidamente motivado, de declarar la caducidad administrativa del contrato previa garantía del debido proceso, materializado a través del procedimiento administrativo correspondiente, garantizándose el derecho a la defensa, de contradicción y de audiencia, cuyo contenido y alcance es el siguiente:

- Que se declare la caducidad administrativa del contrato, mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado.

- El acto administrativo debe disponer en su parte resolutive como consecuencia de la declaración de caducidad, La orden de liquidar el contrato en el estado en que se encuentre. La Administración, debe invitar al excontratista caducado a que concurra si es su deseo a la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, pero si manifiesta que no tiene interés o guarda silencio, la administración debe mediante acto administrativo motivado proceder mediante acto administrativo a la liquidación unilateral del contrato, en donde dejará constancia del estado en que se encontraba el cronograma de ejecución del contrato, los items cumplidos e incumplidos, los materiales a cargo del contratista caducado que debe entregar a la administración o al contratista que se contrate para que continúe con la obra, o la decisión de no recibir material alguno si ello ofrece dificultades, el estado contable, financiero en que se encuentra el anticipo, que porcentaje fue amortizado, esto es descotado de las facturas radicadas a la administración

contratante, el valor amortizable que consiste en aquellas facturas, cuyo soporte son las actas de obra ejecutadas y que al momento de la caducidad no se habían radicado a la entidad, o si se habían radicado no se le habían pagado. En este caso, la entidad debe tomar la decisión en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de no pagarle al contratista las facturas pendientes y ordenar la compensación en el mismo acto a favor de la administración contratante descontando dichas sumas del valor de la deuda del contratista con la administración con ocasión del contrato declarado caduco.

Así mismo, el acto administrativo de liquidación debe realizar la liquidación del estado del anticipo, ordenando que las sumas efectivas existentes en la cuenta bancaria para el depósito del anticipo sean puestas a disposición de la Entidad, para lo cual se le solicitará al interventor que garantice la mencionada devolución. Debe además el acto administrativo de liquidación unilateral establecer, el valor del anticipo legalizado, que debe resultar de la verificación del valor girado de la cuenta a proveedores y trabajadores con las correspondientes facturas, subcontratos, ofertas mercantiles, recibo de pago de jornales y honorarios de profesionales. De ese valor se descuenta el valor de los insumos, bienes y servicios adquiridos que se encuentran ejecutados en obra y que ya fueron amortizados o se encuentran en periodo de amortización y es lo que se conoce con amortización. La diferencia entre amortización, mas lo amortizable, con el valor legalizado no implantado en obra, es el valor legalizado que debe encontrarse expresado y verificado con los bienes y servicios que se encuentren en bodegas y campamentos que el interventor debe verificar física, materialmente y en inventarios. En resúmen el acto administrativo debe hacer la liquidación del anticipo, y el valor no expresado en obra y que debe estar amortizado, debe ser devuelto en su totalidad, ya sea en dinero o en

bienes y servicios adquiridos para la ejecución del contrato caducado, de tal manera que se garantice que la totalidad del anticipo quede a disposición de la Entidad para ser entregado al nuevo contratista para que culmine la ejecución del contrato. La diferencia entre el anticipo legalizado con el legalizables, es que si bien ambos recursos fueron girados de la misma cuenta del anticipo, lo legalizado una vez se giraron los recursos y se le pago a los proveedores el contratista lo legalizó con las facturas correspondientes, y el valor legalizable es aquel que está en vía o tránsito de ser legalizado, es decir, que queda pendiente por parte del contratista la entrega de las correspondientes facturas y recibos de pago al interventor correspondiente.

- La orden de hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato.

El acto administrativo de declaración de caducidad, debe disponer la orden de hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato. La sola expedición del acto administrativo de caducidad, constituye el acto declarativo del incumplimiento, que es el presupuesto de hacer efectiva la correspondiente garantía. Esto es, conforme a la Ley 1150 de 2007, y el decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, los distintos mecanismos de cobertura del riesgo se amparan con las garantías allí dispuestas, tales como Póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y, el depósito de dinero en garantía.

-El acto administrativo de declaración de caducidad constituye el siniestro.

-La orden de llamar al garante para que continúe con la ejecución del contrato si la administración así lo decide, es decir, esta decisión es excluyente con la decisión de contratar

directamente con otra persona natural o jurídica, evento en el cual debe garantizarse el principio de selección objetiva y de transparencia en la selección del nuevo contratista. Esto es que el acto administrativo de declaración de la caducidad, debe contener la orden de entregar el contrato caducado al garante, esto es para que continúe con la ejecución del contrato, si esto fuere posible como en el caso de la aseguradora en el evento en que la garantía sea una póliza de seguros o una fiducia mercantil en garantía.

El instrumento jurídico para que el garante, ya sea la aseguradora o la fiducia en garantía para asumir las obligaciones del contrato caducado, es el acto administrativo de caducidad que así lo dispone, y luego se instrumentaliza a través de un contrato de cesión suscrito entre la Entidad pública que declara la caducidad con la aseguradora, evento en el cual el contrato de cesión debe permitir que la aseguradora si tiene departamento de construcciones con las calidades que requiera el objeto contractual, ejecute el cumplimiento de las obligaciones pendiente a ejecutar. Pero si ello no fuere posible, y es lo que usualmente ocurre, el asegurador cesionario en virtud del contrato de cesión debe contar con la facultad de subcontratar con un sujeto contractual del mercado que reúna los requisitos el objeto del contrato pendiente por ejecutar, evento en el cual no se requiere de una nueva póliza, porque la aseguradora actúa como garante y al mismo tiempo contratista y debe responderle por el contrato a la administración pública.

Que la aseguradora continúe con la ejecución del contrato a través de un subcontratista, es lo que suele suceder, ya que las aseguradoras no tienen departamento de construcciones para que se encarguen del cumplimiento de sus obligaciones, y si se trata de otro tipo de contratos

asegurados siempre busca un tercero que en su nombre cumpla con las obligaciones de garante.

Pero el acto administrativo de caducidad, igualmente puede disponer no encargar a la aseguradora del cumplimiento directo o indirecto de las obligaciones contenidas en el contrato caducado, sino que de conformidad con el artículo 9, inciso 4° de la Ley 1150 de 2007, si el contrato caducado al momento de la declaración de caducidad, se encuentra pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al 50% del mismo, con excepción de los contratos de concesión, la entidad pública podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección, previa revisión de las condiciones a que haya lugar. Con lo la norma señala que la entidad pública podrá contratar a quien le siga en orden de elegibilidad, ello implica que no es obligatorio hacerlo y ello pone a la administración en los siguientes escenarios:

La administración al caducar el contrato, puede establecer las distintas alternativas previstas en la ley para continuar con la ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato caducado, esto es la de contratar si ello fuera posible con quien le siga en orden de elegibilidad, pero como no es obligatorio que este oferente acepte, puede establecer alternativas, como hacer entrega de las obligaciones al asegurador para que lo ejecute directa o indirectamente a través de subcontratista, evento en el cual procederá a suscribir el contrato de cesión, pero si la aseguradora no acepta suscribir contrato de cesión, basta con la ejecutoria del acto administrativo de caducidad que así lo disponga y que constituye el acto de declaratoria del siniestro. También puede disponer, en el evento en que no exista orden de elegibilidad porque

el contratista caducado fue oferente único, o porque existiendo lista de legibles ninguno lo acepte continuar con la ejecución de las obligaciones, o porque al momento de caducar el contrato falte menos del 50% de ejecución del contrato, la entidad puede disponer que agotado todas esas posibilidades, que se contrate directamente otro contratista del mercado, siempre que cumpla con los requisitos previstos en el pliego de condiciones, en la parte técnica, legal y financiera. No tendrá en cuenta los requisitos del pliego que hagan relación a la comparación de ofertas, porque no estamos frente a un proceso de selección que permita comparar ofertas, es la verificación de los requisitos legales, los técnicos y financieros para lo cual deberá hacer un análisis de proporcionalidad entre lo exigido en el pliego inicial y el porcentaje de ejecución que le corresponde ejecutar del contrato que celebra.

Por ejemplo, la capacidad residual de contratación no es la exigida en el pliego de condiciones inicial, cuando el contratista tenía que ejecutar el 100% del objeto del contrato, sino que debe descontarle el porcentaje ejecutado del contrato, en cuanto la capacidad que se exige debe ser proporcional al porcentaje del contrato a ejecutar y así se debe hacer con todos los requisitos.

Pero si el acto administrativo no dispone en la parte resolutive estas alternativas de solución, la administración con la sola declaración de caducidad, se encuentra facultada para explorar las alternativas de solución, esto es la entrega del contrato a la aseguradora, la contratación directa con el segundo en orden de elegibilidad, o la contratación directa con un tercero, ya sea porque no fue posible que la aseguradora continuara con la ejecución del contrato, o porque el contratista caducado era oferente único y no existía orden de elegibilidad, o porque existiendo

lista de legibles no aceptó el oferente la propuesta a contratar, o porque lo que faltaba para ejecutar del objeto contractual era un porcentaje inferior al 50% del objeto contractual.

En todos los escenarios, lo que no varía es la aseguradora, ni la garantía aportada, esto es, que si la garantía ofrecida es una póliza de seguros, la Aseguradora será la misma en todos los eventos, sin perjuicios de los coaseguros y reaseguros, y lo que se procederá es a las modificaciones de las pólizas en cuanto el tomador sería modificado por el nuevo contratista o cesionario del contrato.

El otro escenario posible, es que una vez notificado el inicio del procedimiento administrativo de caducidad al garante, tanto la aseguradora como el contratista, puede ofrecerle alternativas de solución al incumplimiento grave, tales como la cesión del contrato. En este evento, tanto el contratista, como la aseguradora pueden ofrecer alternativas de solución al ente público contratante, proponiendo contratos privados de cesión, que en todo caso debe aprobar la Entidad pública contratante. Las entidades contratante también pueden de mutuo acuerdo con la aseguradora, con el contratista o con todos proponer fórmulas de solución al incumplimiento grave, que van desde continuar la ejecución del contrato con el mismo contratista tomando las medidas posibles de solución para superar el obstáculo, hasta proponer la cesión del contrato, pero en todo caso lo que debe primar es el mutuo acuerdo.

- La imposición de la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de cinco años y un vez ejecutoriada debe enviarse a la Procuraduría General de la Nación para efectos del registro.

Existen otras causales de caducidad del contrato, denominadas causales de orden público, previstas en la Ley 104 de 1993, ley 241 de 1995 y la ley 418 de 1997, que facultan al Gobierno Nacional, haya o no suscrito el contrato estatal, para declarar la caducidad administrativa del contrato y ordenar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado, cuando el contratista incurra con ocasión de este contrato y en relación con las organizaciones armadas al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

1.Ceder injustificadamente ante amenazas por dichas organizaciones; 2.-Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino de organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas; 3.Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o la depósito o almacenamiento de pertenencias de dichas organizaciones; 4. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones; 5. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato.

En este caso, el contratista debe poner en conocimiento de la autoridad competente dichas circunstancias para que la garantice su seguridad, y si las autoridades hacen caso omiso a tal advertencia, si se presentan estas circunstancias no habrá lugar a la declaración de caducidad del contrato así, se pruebe la existencia del hecho que constituye la causal del orden público.

Si se presenta una causal de orden público que de lugar a la declaración de caducidad administrativa, la administración no tiene alternativa distinta a declararla, pero si se presenta la causal ordinaria de incumplimiento grave que evidencia la paralización de la obra, la administración en un juicio de proporcionalidad y razonabilidad debidamente motivada deberá tomar una de dos alternativas; de una parte declarar la caducidad administrativa, si considera que con ello evita la interrupción, suspensión o paralización el objeto del contrato; pero también puede abstenerse de declararla y proceder a intervenir el contrato, y adoptar las medidas de control necesarias que garanticen la ejecución del mismo.

De allí, que en materia disciplinaria se incurrirá en falta disciplinaria gravísima en la modalidad omisiva, si presentándose la causal de orden público no se declaró la caducidad administrativa, y si es la causal ordinaria la que se presenta habrá falta disciplinaria gravísima si no se tomó ninguna de las dos medidas, es decir, ni se declaró la caducidad administrativa, ni se intervino el contrato para garantizar la continuidad de la ejecución del mismo; pero si se tomó una de las dos alternativas ese sólo hecho no puede constituir falta disciplinaria, porque no estamos en presencia de la exigibilidad de otra conducta; ahora bien, si la decisión tomada en ese momento no está debidamente motivada en la existencia de hechos objetivos que establecidos como causales de declaración de caducidad, el agente estatal responsable, habrá incurrido en la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 32 del artículo 48 del CDU, que señala *“Son faltas disciplinarias gravísimas las siguientes:32. Declarar la caducidad de un contrato estatal.... sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”*.

Desde luego el juez disciplinario no puede hacer una adecuación formal entre el tipo disciplinario previsto en el CDU, el artículo 18 del ECE, y el acto administrativo que declara la caducidad administrativa, porque conforme a la exigencia de la ilicitud sustancial debe realizar un juicio objetivo sobre la existencia de las causales que dieron lugar a ella, es decir, si el acto administrativo incurrió en desviación de poder, y en falsa motivación, habrá incurrido el agente estatal en la falta disciplinaria gravísimas, sin necesidad de que se requiera la prejudicialidad contenciosa administrativa, porque el juez disciplinario no juzga los actos administrativos ni sus causales de nulidad, aquí se trata de la verificación objetiva de si las circunstancias o hechos que movieron a la administración a declarar la caducidad existieron o no.

Otra cosa, es cuando los actos administrativos de naturaleza electoral o los de nombramiento están incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad que no son competencia del juez disciplinario, sino que por el contrario son reserva de competencia judicial porque están previstas como inhabilidades para inscribirse y ser elegido a un cargo de elección directa o indirecta, y por ende constituyen causal de nulidad del acto administrativo de naturaleza electoral.

En este caso, debe ser el juez natural del acto electoral -el contencioso administrativo-, quien establezca la existencia de la causal de nulidad que vicia el acto, cuando el impedimento sea de aquellos que no están sujetos a registro, ya que en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano no se concibe que existan dos autoridades de distintas naturaleza, es decir, una

judicial y una administrativa para juzgar la misma conducta, pudiéndose presentar frente a una misma conducta decisiones contradictorias; y tendrá entonces el juez de tutela que intervenir en aras de imprimirle seguridad jurídica los derechos fundamentales, porque no es sujeto a derecho que para una autoridad una misma conducta constituya una inhabilidad o incompatibilidad y para la otra no.

La primacía en este caso la tiene el juez para el cual se estableció el conocimiento específico, es decir, será el contencioso administrativo el que deberá pronunciarse si existe la inhabilidad o la incompatibilidad, ya por vía contenciosa administrativa o de pérdida de investidura. Por último, debo precisar que la caducidad administrativa se puede declarar hasta el momento de liquidar el contrato, pues en el pasado el Consejo de Estado había sosteniendo que sólo se podía dentro del plazo pero en la actualidad la Corporación cambió de jurisprudencia sosteniendo ésta última tesis, razón por la cual no puede constituir falta disciplinaria si se declara la caducidad administrativa después del vencimiento del plazo y hasta antes de la liquidación del mismo.

Contra el acto administrativo de declaratoria de caducidad administrativa, procede el recurso de reposición, y debe notificársele al contratista y al garante. Si el contratista es un sujeto singular, esto es persona natural o jurídica, se le debe notificar al contratista persona natural y al representante legal de la persona jurídica contratista; pero si el contratista es un sujeto plural, esto es unión temporal o consorcio, debe notificársele a su representante legal, lo mismo que a cada uno de las personas naturales o representantes legales de los miembros del consorcio o

unión temporal.

Téngase en cuenta, que una vez presentada la causal de declaratoria de caducidad, la Entidad tienen dos alternativas, o declara la caducidad, evento en el cual la administración podrá tomar posesión de la obra para continuar su ejecución, sin que haya necesidad de que el acto administrativo esté ejecutoriado. Esto es una vez se declara la caducidad, la entidad toma posesión de la obra para facilitar su continuidad, sin perjuicio que el contratista caducado o el garante interponga el recurso de reposición, de tal manera que si se confirma, la decisión está ejecutoriada, y si se revoca la administración tiene el deber de indemnizar los perjuicios al contratista ya por conciliación prejudicial, o por orden de un juez previo ejercicio de la acción contractual.

Una vez se declara la caducidad la administración tienen las siguientes alternativas:

a.- Entrega la obra en el estado en que se encuentra para que sea asumida y ejecutada directamente por la aseguradora, quien en su condición de garante tendrá que subcontratar a un tercero para que ejecute el faltante del contrato.

b.-La administración contratante, puede continuar con la ejecución del contrato a través de otro contratista, de tal suerte que si a la fecha de la declaratoria de caducidad la ejecución del contrato aún le faltaba mas del 50% por ejecutar, la administración contratante debe necesariamente proceder a adjudicar el contrato a quien quedó en el orden siguiente de

elegibilidad. Pero si lo que falta por ejecutar es inferior al 50%, la administración puede escoger contratista de manera directa libremente.

En este caso, cuando se declara la caducidad del contrato y está pendiente un porcentaje igual o más del 50% del objeto contractual, el cesionario del contrato como consecuencia de la caducidad o del inicio del procedimiento de caducidad, puede ser el contratista cedente, la aseguradora, el ente público contratante o por iniciativa del cesionario, pero en todo caso la responsabilidad de la aprobación del contrato de cesión en todos los casos, debe ser la administración contratante, pues el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que de conformidad con el principio de responsabilidad contractual este recae en los Representantes Legales o jefes de organismos, lo que implica que la responsabilidad de la gestión contractual de la Entidad en este caso, no puede ser delegada, ni desconcentrada.

La pregunta que nos formulamos, es si la administración al expedir el acto administrativo que declara la caducidad de contrato, puede proceder de manera inmediata a la contratación directa de un tercero, o a la entrega del contrato al garante para que continúe con el cumplimiento de las obligaciones, o si debe esperar que el acto administrativo sea declarado ejecutoriado, ya sea porque no se interpuso recursos alguno o porque se resolvió el recurso de reposición que haya interpuesto el contratista y/o el garante.

De conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las decisiones contenidas en los actos administrativos son obligatorias

solamente cuando quedan en firme, esto es cuando queda ejecutoriados porque no se interpusieron contra el los recursos de la vía gubernativa que proceden, o cuando se resuelven, o cuando fueron declarados desiertos o porque el recurrente a desistido de ellos.

Así mismo, encontramos que las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, es decir del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, se entienden procedimientos administrativos aplicados a todas las actuaciones de la administración, salvo en lo regulado de manera especial en normas de procedimiento administrativo especiales.

En este orden de ideas, el procedimiento administrativo para la declaración de la caducidad de un contrato, esta sometidos a las reglas especiales del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, esto es que solo se aplica el CPACA, en defecto de las normas especiales. Entonces, una vez declarada la caducidad de un contrato la expedición del acto administrativo tiene las siguientes consecuencias:

a.- Que una vez ejecutoriado el acto administrativo que declara la caducidad del contrato, la administración puede ejecutar las siguientes disposiciones en él contenidas:

-Enviar copia del acto administrativo a la Procuraduría General de la Nación a efectos de registrar la inhabilidad por el término de cinco años a las personas naturales contratistas, a las personas jurídicas, a los miembros de los consorcios o a los miembros de la unión temporal que

hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

-Adelantar las gestiones necesarias para hacer efectivo el cobro de la garantía de cumplimiento ante la aseguradora, fiducia en garantía, garantía bancaria, endoso en garantía de títulos valores y depósito de dinero en garantía.

-Liquidar tanto de mutuo acuerdo o mediante acto administrativo unilateral el contrato caducado. En estos eventos no aplicarán los términos de liquidación bilateral, unilateral y judicial del contrato, previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

-Gestionar el cobro de todas las indemnizaciones por los daos y perjuicios ocasionados a la administracion contratante, las multas, penales pecuniarias, restablecimiento económicos etc.

b.- Una vez expedido el acto administrativo de declaración administrativa de caducidad del contrato, la administración pública contratante, no debe esperar la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, para proceder a continuar con la ejecución del objeto del contrato ejecutado, ya sea a través de la aseguradora o de otro sujeto contratado directamente, ya que es la única consecuencia de la declaración de caducidad administrativa, que su firmeza no está sometida a la ejecutoria del acto administrativo por disposición expresa del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Es lo que se dispone, cuando el artículo 18 del EGCAP, dispone “...*la declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando hubiere lugar*”.

Lo anterior, indica que la finalidad de la declaración de caducidad del contrato se presenta en dos momentos del incumplimiento grave:

a. Cuando se presenta incumplimiento que afecta de manera directa y grave la ejecución del contrato. En este caso, se observa que el incumplimiento grave ya se presentó, la ejecución de las obras se paralizaron o se suspendió la prestación del servicios contratado. En este evento, la declaración de caducidad busca superar las causas que dieron lugar a la declaración de caducidad administrativa, y por ello la solución se busca en otro sujeto contractual que asuma la ejecución del contrato paralizado o suspendido, a través de la contratación directa o del garante. Allí, la necesidad de continuar con la ejecución del objeto del contrato, impone el deber de la administración de tomar posesión de la obra con la sola declaración de caducidad del contrato sin ejecutoria del acto administrativo, para que como lo impone el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se continúe inmediatamente con la ejecución del objeto contratado.

b.- Si el incumplimiento grave en la ejecución del objeto contratado se presentó, pero la paralización o suspensión del objeto contratado aún no se ha producido por los hechos dan cuenta de manera evidente que puede conducir a ello, igualmente se declarará la caducidad de contrato, evento en el cual sin la ejecutoria del acto administrativo, la entidad podrá tomar

posesión de la obra y continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista conforme al artículo 18 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 9º, inciso 4º de la Ley 1150 de 2007.

La razón la encontramos en que la norma especial se aplica de preferencia a la general, esto es que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, regula la caducidad administrativa de manera especial en relación a los actos administrativos expedidos con sujeción al CPACA, y es la finalidad que persigue el instituto contractual de la caducidad administrativa del contrato estatal.

2.2.2 Terminación Unilateral de los Contratos Estatales.

El artículo 17 del ECE, regula las causales legales por las cuales la administración de manera unilateral puede declarar la terminación anticipada del contrato, debiéndose someter el procedimiento administrativo de terminación unilateral del contrato estatal al artículo 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 y a las disposiciones generales de la Ley 1437 de 2011, que es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

1.- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Esta causal contiene exigencias de interés público, como las constantes alteraciones de orden público provocado por el conflicto interno armado, que impide la ejecución de un contrato cuyo objeto es la construcción de una vía intermunicipal. Se presenta igualmente, el caso de la imposibilidad de ejecutar el contrato entre las autoridades de transporte y una empresa

siderúrgica para catalizar los vehículos de servicio público que ha cumplido su vida útil, dado que una ley de la República le amplió su vida útil en cinco años.

Así mismo, observamos que cuando se presenten circunstancias distintas al incumplimiento grave a cargo del contratista, que evidencie la paralización o suspensión de la ejecución del objeto contratado que den lugar a la caducidad del contrato, pero que la continúa y eficiente prestación del servicio contratado o la finalidad a que está llamado a cumplir el bien o servicio contratado así lo exija, la Entidad podrá dar por terminado de manera unilateral el contrato estatal, siempre que el contrato sea de aquellos en razón a su tipología y objeto las cláusulas excepcionales sean aplicables, ya porque sean obligatorias o presuntas, o porque siendo facultativas, se hayan pactado en el respectivo contrato.

Lo anterior implica, que si las características de los servicios administrativos definidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa son la continuidad, generalidad, neutralidad y subsidiariedad, cuando estos estén comprometidos por el incumplimiento de un contrato estatal por parte del contratista por causas distintas del incumplimiento grave que da lugar a la caducidad del contrato, o porque no siendo una causa imputable al contratista, sino a la administración pública contratante, o a una Entidad pública distinta al contratante estatal, o por causa de una decisión administrativa, de un acuerdo, ordenanza, acto administrativo, ley, reforma constitucional, tratados internacionales por razones de inconveniencia pública se haga innecesaria su ejecución; evento en el cual debe procederse a la indemnización del contratista.

- 2.- *“Por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista”* Si el contratista es una persona natural y muere, desde luego hay lugar a la terminación unilateral del contrato estatal, pero si la persona se le diagnostica una incapacidad física transitoria, puede suspenderse el contrato mientras se restablece la salud del contratista por mutuo acuerdo, o se puede igualmente ceder el contrato con la aprobación de la entidad pública contratante. Si la incapacidad física es permanente, sólo se puede terminar el contrato unilateralmente si ésta impide al contratista ejecutar el contrato, de lo contrario podría continuar con su ejecución, según lo manifestó la Corte Constitucional en Sentencia C- 454 de 1994. Si la persona jurídica está en disolución estatutaria por vencimiento del plazo, o de mutuo acuerdo entre los socios o por decisión judicial, tan pronto como se declare jurídicamente la situación, habrá lugar a la terminación del contrato estatal.
3. *Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.* Si el contratista incurre en una inhabilidad sobreviviente, es decir, si durante la ejecución del contrato un juez penal le impone la sanción accesoria de interdicción de derechos y del ejercicio de la función pública, habrá lugar en todo tiempo y lugar a la terminación unilateral del contrato estatal; si el contratista se declara en quiebra igualmente es causal de terminación, siempre que no se acoja a la Ley 550 de 1996 o Ley 1116, o ley colombiana de quiebras, que busca la recuperación del contratista en este caso.

- 4.- *Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.* En este caso la cesación de pagos del contratista, dará lugar a la terminación, así como los embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, pero conforme a la Ley 222 de 1995, si el concordato es liquidatorio habrá lugar a la liquidación del contrato; y si el concordato es recuperatorio desde luego no se podrá dar por terminado el contrato estatal.

Con el fin de tomar una decisión con las plenas garantías del debido proceso, la administración contratante deberá adelantar una actuación administrativa, la cual le comunicará al afectado para que ejerza su derecho de defensa, cuyo fin es el de establecer con certeza jurídica la existencia del supuesto de hecho descrito en el artículo 17 del ECE, y luego proceder a declarar o no la terminación unilateral del contrato estatal. Conforme al numeral 32 del artículo 48 del CDU, constituye falta disciplinaria gravísima si el agente estatal decide “darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”; que en este caso de producirse el acto administrativo de terminación unilateral sería por estar incurso en abuso o desviación de poder y por falsa motivación, en tanto los supuestos objetivos descritos en la norma no existan.

La entidad pública, debe iniciar el procedimiento administrativo de terminación unilateral del contrato estatal, que deberá notificar al garante y al contratista si es persona natural o jurídica, pero en el caso del oferente plural debe notificarle al representante legal del consorcio, unión temporal y a cada uno de los representantes legales de los miembros de éstos, a fin de garantizar

el ejercicio del derecho de defensa. El procedimiento administrativo debe garantizar la imputación del cargo, la norma legal y contractual que le sirve de apoyo o sustento, las pruebas en que se sustenta, la audiencia para la imputación y presentación de descargos, la expedición del acto administrativo correspondiente, así como la notificación a efectos de que tanto el garante o contratista interponga los recursos de ley que procedan.

2.2.3 Modificación Unilateral de los Contratos Estatales.

El artículo 17 del ECE, regula la modificación unilateral, que consiste en que “Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

La modificación unilateral requiere de una actuación administrativa previa a su declaración, tal como llamar al contratista para proponerle la modificación de mutuo acuerdo, y sólo ante esta negativa, la administración puede modificarlo unilateralmente mediante acto administrativo motivado cuando se den los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato esté en ejecución;
- b) Que la modificación no haya sido posible preverla antes de la suscripción del contrato;
- c) Que sea para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se daba satisfacer con él;
- d) Que las variaciones en el contrato implique modificar mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros de bienes y servicios;
- e) Que antes de la modificación unilateral haya fracasado la etapa de negociación o mutuo acuerdo.

Las modificaciones tienen el límite del 20% del valor inicial del contrato, tanto para aumentar o disminuir la cantidad del objeto del contrato; de tal manera que si la modificación se hace hasta por ese porcentaje, el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato en los términos que se haya modificado, pero si la modificación supera el 20% del valor inicial del contrato el contratista tiene derecho a renunciar válidamente al contrato sin tener que indemnizar perjuicios a la administración contratante, cosa que si ocurre si renuncia al contrato cuando la modificación se sometió al límite.

Si el agente estatal incurre en desviación de poder, o en falsa motivación al expedir el acto que declara la modificación unilateral del contrato estatal, con el fin de favorecer o perjudicar al

contratista en la ejecución de mayor o menor cantidad de obra, de bienes o servicios incurre en falta disciplinaria gravísima por vulneración del principio de transparencia y de moralidad administrativa, conforme al numeral 31 del artículo 48 del CDU, y el artículo 209 constitucional.

La Entidad pública contratante, durante la ejecución del contrato, una vez evidencia que es necesario evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se debe satisfacer con el contrato, esto es la finalidad a que está llamado a cumplir, sólo si valora como necesario, toma la decisión documentada desde el punto de vista jurídico, técnico y financiero, de proponer al contratista, mediante citación escrita, introducir variaciones en el contrato inicialmente celebrado, y si agotado esta etapa, el contratante estatal y el contratista privado no llegare a un acuerdo; la Entidad dejará constancia de ello, y procederá mediante acto administrativo motivado, a realizar de manera unilateral las modificaciones que pueden consistir según el caso en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. El mencionado acto administrativo será notificado al contratista ya sea persona natural o jurídica, o al representante legal del consorcio y de la unión temporal y a cada uno de los representantes legales de los miembros del mismo. Contra el mencionado acto, procede el recurso de reposición, y no quedará ejecutoriado, ni las decisiones allí contenidas serán obligatorias hasta tanto no se declare ejecutoriado el mencionado acto administrativo.

Si las modificaciones alteran el valor del 20% o mas del valor inicial, el contratista podrá renunciar válidamente al contrato, sin que haya lugar a exigirle indemnización alguna, y en este

evento, la administración contratante deberá proceder a liquidar el contrato de mutuo acuerdo o en su defecto hacerlo de manera unilateral. La Entidad seguidamente, deberá tomar las medidas en forma inmediata para garantizar la terminación del objeto del mismo, tales como la urgencia manifiesta.

Si las modificaciones fueren inferiores al 20% del valor inicial del contrato, el contratista está obligado a darle cumplimiento al acto administrativo de modificación unilateral, so pena de incurrir en los incumplimientos contractuales, para lo cual la Entidad tomará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento tales como multas, penal pecuniaria, efectividad de las garantías, y hasta la misma caducidad del contrato.

Si las modificaciones implica adición de recursos, el acto debe estar acompañado del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y del acto de registro correspondiente, conforme al Estatuto Orgánico del presupuesto, y el presupuesto de la entidad pública contratante.

2.2.4 Interpretación Unilateral de los Contratos Estatales.

La interpretación unilateral de los contratos estatales, conforme al artículo 15 del ECE, consiste en que *“Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que pueden conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, sino se logra acuerdo, interpretará en acto*

administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia". En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no toda disparidad en la interpretación de una estipulación o cláusula da lugar a la interpretación unilateral del contrato, y para que esta se de se requieren los siguientes requisitos: a) Que el contrato esté en ejecución; b) Que surjan discrepancias trascendentales entre las partes sobre las interpretación de una o varias estipulaciones contractuales; c) Que de no llegarse a un acuerdo o interpretar unilateralmente el contrato se produce se paraliza o se faceta gravemente el servicio que se presta.

La interpretación del contrato estatal, no se hace como se interpreta la ley, pues como este es regla de oro para las partes, debe acudirse primero al mecanismo del mutuo acuerdo para conciliar las diferencias y llegar a una interpretación que satisfaga al fin que persigue el contrato estatal, sólo ante este fracaso la administración se habilita para interpretarlo unilateralmente, razón por la cual debe tener en cuenta el contrato mismo que es el que contiene las cláusulas ambiguas, confusas y contradictorias, pero para dilucidarlo debemos acudir a los documentos pre-contractuales es decir, a la propuesta del oferente, al pliego de condiciones o términos de referencia, al estudio de oportunidad y conveniencia; y a los demás estudios técnicos, jurídicos y financieros, y si ello no contribuye en nada, hay que acudir al método del derecho civil que nos sugiere que en últimas se acude a la intención de las partes al contratar.

Esos parámetros o criterios de interpretación del contrato estatal, nos permiten hacer uso de un instrumento que esta exento de toda forma de discrecionalidad, y podemos afirmar que la decisión es reglada. Pero si la administración interpreta unilateralmente el contrato,

pretermitiendo la etapa del mutuo acuerdo, o porque realizándola y fracasando interpreta el contrato con falsa motivación o abuso o desviación de poder incurrirá en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del CDU. Es necesario señalar, que si existiere contradicción entre los documentos contractuales, la oferta, el pliego de condiciones y el contrato, a diferencia del pasado, es decir, antes de la ley 1150 de 2007, el contrario prima sobre los documentos contractuales, y es este último el que ha de servir de base para la interpretación del contrato.

Debe tenerse en cuenta que contra el acto administrativo de interpretación unilateral de las estipulaciones contractuales, procede el recurso de reposición, y solo una vez se declare ejecutoriado, se entenderá incorporado al contrato la decisión que incorpora. Si la mencionada interpretación, requiere adición de recursos, el acto debe estar acompañado del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, así como el registro presupuestal de afectación.

2.2.5 Sometimiento de los Contratos Estatales a las Leyes Nacionales.

El sometimiento de los contratos estatales a la leyes nacionales, es un principio de contratación estatal que pretende reafirmar la exigencia del legislador de que todos los negocios jurídicos del Estado colombiano y de sus entidades se sometan al derecho público interno de los contratos estatales, es decir, conforme al régimen general contenido en el ECE, o los regímenes especiales en razón a su objeto o a la naturaleza jurídica del ente contratante. Este principio es la prohibición expresa de que las partes puedan negociar el régimen a que deban someterse los contratos estatales, y por ello los agentes estatales sólo están autorizados para aplicar normas

extranjeras por disposición del mismo artículo 13 del ECE, que dispone: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera. Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”*.

Para la Corte Constitucional la anterior norma se ajusta la Carta Política siempre que se entienda que la discrecionalidad allí prevista solo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación a contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.

De allí, que si el agente estatal contribuye a que el Estado sufra un detrimento patrimonial, o que no pueda tener pluralidad de oferentes por la aplicación de un régimen selectivo distinto al previsto en la ley, o sea la aplicación del régimen internacional en perjuicio del régimen interno nacional incurrirá en falta disciplinaria gravísima conforme al numeral 31 del artículo 48 del CDU, en tanto se desconoció el principio de transparencia y la cláusula de garantías, pues al no exigir el régimen internacional, la administración no tendría como hacerlas efectiva en caso de

que se presente el siniestro.

2.2.6 Cláusula de Reversión en los Contratos Estatales de Concesión de Obra, Bienes y Servicios.

La Cláusula de reversión, es igualmente excepcional al derecho común, y el artículo 19 del ECE señala que: *“En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”*. Según el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, se exceptúa los contratos de concesión del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión, en donde no hay lugar a la reversión de los bienes afectados a la ejecución del objeto del contrato, pero la Comisión Nacional de Televisión-CNT-, podría acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos y condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes. Así mismo, el artículo 4ª de la Ley 422 de 1998, excluye a los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones. En este caso la reversión sólo implicará, que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido, sin que opere de por medio acto administrativo alguno.

De igual forma, salvo los contratos de concesión de espacios y canales de televisión, y los de servicios de telecomunicaciones en todos los demás contratos de concesión debe pactarse y hacerse efectiva la reversión a la liquidación del mismo, pero si no se estipula, en todo caso se

entiende pactada porque son de las denominadas “presuntas”. De haberse o no pactado, el contratante público al momento de la liquidación debe exigir la reversión, sin más exigencias que la devolución de los bienes, salvo que se pacte una fórmula de reversión en los casos en que en que el riesgo sea compartido y el contratante reclame a la administración su participación en la cuantificación del siniestro que verifica la ocurrencia del riesgo previsto. De no hacerse efectiva la reversión, el agente estatal incurre en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 38 del CDU, por actuar en detrimento del patrimonio público.

3. Cláusulas contractuales de privilegio de la administración pública.

Las cláusulas de privilegio, si bien no son excepcionales, sí contienen potestades inherentes a la función estatal, que rompe con el principio de igualdad de las partes frente al contrato; en tanto el ECE hace obligatoria la exigencia de las garantías tanto provisionales como definitivas, en cuanto a su rubro, cuantía y cobertura; cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado ya que ellas dependen del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Así mismo, si bien el Estado tiene la facultad o no de pactar las multas y la cláusula penal pecuniaria, en tanto son propias del derecho común, una vez pactadas el Estado adquiere potestades unilaterales para hacerlas efectivas. En cuanto a la facultad de imponerlas, el Estado actúa de manera unilateral colocando al administrado-contratista en una situación de desventaja o desigualdad contractual.

3.1 Cláusula de Garantías: Contrato de Seguros y Declaración de Incumplimiento.

Por regla general todos los contratos estatales deben constituir las garantías necesarias para asegurar su cumplimiento, así ha estado reglado en las leyes que rigen los contratos y en las normas más recientes el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 la obligación de los contratistas de prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Pero además, la norma puntualiza que las garantías consisten en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. La norma fue reglamentada mediante los Decretos Nacionales No.4828 de 2008 y No.490 de 2009, que en su orden se expidieron con la finalidad de fijar el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública y el segundo Decreto que modificó el artículo 28 del citado Decreto No.4828, respecto de la obligación de adecuar las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil a las disposiciones legales en la materia.

La norma general de la Ley 1150, también hace referencia a la necesidad de expedir la reglamentación respecto de los criterios para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y

complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato. Señala también la norma que en caso de suceder un siniestro amparado por las garantías, éste debe ser comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Y también el propio artículo 7 de la Ley 1150, establece las excepciones, cuando estipula que las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere la ley, caso en el cual corresponde a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento y fija el régimen de transición de aplicación de la Ley estableciendo como condición en el límite para entrada en vigencia la norma el de la expedición de la respectiva reglamentación.

Ahora bien, uno de los contratos más importantes en términos de previsión y de cobertura de riesgos, imprevistos o siniestros, es el contrato de seguros, cuyas reglas se han establecido originariamente en la legislación comercial. De ahí su importancia, la cual merece ser tratada en el presente acápite.

3.1.1 De los Orígenes del Contrato de Seguro.

Sobre los orígenes del contrato de seguro existen diversas opiniones no solo en la forma sino también en el lugar geográfico en que surgió, algunas teorías apuntan a que se encuentran relacionados con los contratos a la gruesa, que surgieron a propósito de los riesgos marítimos definidos en la navegación; por ejemplo, el Código de Comercio Uruguayo en su Título VIII define que el préstamo a la gruesa “es un contrato por el cual una persona presta a otra cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo la condición de que pereciendo esos objetos, pierda el dador la suma prestada, y llegando a buen puerto los objetos, devuelva el tomador la suma con un premio estipulado.”

Se ha llegado a la conclusión de que los titulares de bienes de la época constituían *mutualidades a prima variable*, que consistían en la creación de fondos comunes con el fin de que en caso de ocurrir algún evento adverso a alguno de los miembros durante un viaje, se utilizaran los recursos económicos recolectados para respaldar las pérdidas o perjuicios a que este se enfrentara, incluso en los casos en que el valor de las pérdidas fuera mayor al existente en el fondo los mismos miembros optaban por hacer un aporte adicional; pero, si una vez la mercancía llegara a su destino no se había presentado perjuicio alguno, entre los mismos miembros se repartían los recursos existentes. No obstante, con el tiempo se fue perfeccionando ésta práctica con base en el análisis del mercado y de los riesgos, logrando entre otros beneficios eliminar la necesidad de realizar aportes adicionales por parte de los miembros del fondo, lo que se conoció como *mutualidades a prima fija* y posteriormente se profesionalizó la actividad con las *sociedades anónimas de seguros*.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia no solo la necesidad que existía desde la antigüedad de establecer mecanismos de protección del patrimonio sino también la necesidad de que estos mecanismos fueran cada vez mas acertados y con mayores beneficios para los asegurados; fue hacia los siglos XVIII y XIX cuando aparecieron en algunos países de Europa las primeras empresas aseguradoras –en Inglaterra, Holanda, Francia y Bélgica-, por la misma época en que apareció en Estados Unidos la aseguradora conocida como *Corporación para el alivio de los Ministros Presbiterianos* que operaba en la ciudad de Filadelfia.

En el caso de Colombia, los inicios del mercado asegurador señalan como empresa pionera en ésta actividad comercial a la *Compañía Colombiana de Seguros*, después conocida como la *Aseguradora Colseguros S.A.*, la cual expidió la primera póliza en Colombia, que nació a la vida jurídica el 28 de octubre de 1874 en el gobierno de don Santiago Pérez como una sociedad anónima que debía ocuparse de los seguros de transporte, mas adelante y conforme al desarrollo del país y de la actividad aseguradora se crearon nuevos ramos de seguros para ofrecer respuestas a las necesidades que surgían; en la actualidad, la participación mayoritaria de esta compañía pionera la tiene el *Grupo Allianz*, compartiendo el mercado con una gran cantidad de empresas que han ingresado a éste.

3.1.2 Aspectos Generales del Contrato Mercantil de Seguros.

Debido a la ausencia en la legislación nacional de una definición en concreto de lo que es el contrato de seguro, la doctrina se ha encargado a lo largo del tiempo de determinarlo sin

evidenciarse mayores variaciones de criterios entre lo manifestado siglos atrás y lo que se expresa en la actualidad; podemos citar por ejemplo a PICARD Y BESSON, para quienes el seguro es *“una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística”*.

Habiendo definido el contrato de seguro, debe decirse que el mismo está catalogado como un contrato mercantil por cuanto al celebrar tal negocio jurídico se constituye un acto de comercio, regulado por demás en el derecho privado por el Código de Comercio y por el derecho público cuando se trata de contratación con bienes del patrimonio público.

El artículo 1082 del Estatuto Comercial clasifica los seguros en dos grandes grupos, los seguros de daños y los seguros de personas, más para el tema que compete a este documento, trataremos únicamente sobre lo relacionado con los seguros de daños, más específicamente daños al patrimonio del Estado. Para acceder a un seguro de daños deben las partes suscribir un contrato mercantil de seguro, que pese a no estar expresamente definido en el nombrado Estatuto, tiene precisadas todas sus características, elementos esenciales, el perfil y obligaciones de las partes contractuales y además todo lo relacionado con la póliza que se expide como documento contentivo del contrato de seguro suscrito.

Conforme la legislación vigente, el de seguros es un contrato con características de consensualidad, bilateralidad, es oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, entre otros calificativos que la doctrina le ha atribuido; además de lo anterior, para que el contrato suscrito

produzca efectos debe tener expresamente definidos cuatro elementos esenciales – interés asegurable, riesgo asegurable, prima o precio del seguro y obligación condicional del asegurador-, los cuales dan idea clara del objeto y condiciones del negocio jurídico que ha de suscribirse entre la compañía aseguradora y la persona natural o jurídica tomadora pero teniendo en cuenta que además de éstos intervienen en la relación contractual el asegurado y el beneficiario, que pueden, según como se estudiará mas adelante, ser los tres últimos un mismo sujeto.

El contrato mercantil de seguro, como mecanismo de protección del patrimonio, es una herramienta que para la administración pública es muy valiosa por cuanto permite salvaguardar los bienes del Estado, que directa o indirectamente puedan verse afectados cuando se permite a particulares su intervención, con el fin en todos los casos de buscar el beneficio y bienestar de la comunidad en general. Por lo anterior, es que en los últimos años se ha expedido una serie de leyes y decretos tendientes a regular de la manera más acertada el manejo de las garantías en la contratación estatal, tan importante el análisis interno de los riesgos que deben ampararse como la escogencia de los mecanismos de cobertura de esos riesgos.

3.1.3 Características del Contrato Mercantil de Seguros.

Para empezar a definir las características del contrato mercantil de seguro, se debe en primer lugar revisar la definición que de este tipo de contrato estipula el estatuto comercial en su artículo 1036, modificado por la Ley 389 de 1997 en su artículo primero, en el cual se define que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Con relación a la primera característica definida debe resaltarse que es la que ha generado mayores debates, puesto que aún antes de definirse en 1971 en el Código de Comercio colombiano el carácter solemne de los contratos de seguros existían contradicciones doctrinales que se mantienen en la actualidad.

Debido a que la legislación nacional en materia mercantil no define en otros términos lo que es un contrato de seguros, las anteriores propiedades tienen la importancia y contundencia de dar sentido a este tipo de contratos.

Además de lo anterior, y pese a no estar consagrado en la citada norma, desde un punto de vista doctrinal el contrato de seguro se caracteriza por ser de naturaleza indemnizatoria, en consideración a la persona, de buena fe y en algunos casos de adhesión, a continuación se estudian en detalle las implicaciones de cada una de estas características.

3.1.3.1 Es Consensual.

Tomando como criterio la clasificación de los contratos según sus requisitos de validez, se estipuló, con base a diversos análisis doctrinales y teniendo en cuenta algunos postulados de la legislación de otros países, que el contrato de seguro fuera de naturaleza consensual. Pasemos entonces a definir a lo que se refiere el principio de la consensualidad.

Se entiende por contrato consensual aquel que para juzgarse perfeccionado no requiere más que la existencia del acuerdo de voluntades de las partes o dicho de otra forma “se perfecciona

por el solo consentimiento”; haciendo partícipes a los involucrados del principio de autonomía de la voluntad. Al respecto, el estatuto comercial da respaldo legal cuando estipula en su artículo 824 que *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco...”*

Antes de continuar con el particular, se debe hacer referencia al texto original del artículo 1036 del código de comercio colombiano con vigencia hasta 1997, dentro del cual no se determinó que el de seguros fuera un contrato consensual, sino solemne. El subrogado artículo manifestaba que *“El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza.”* De lo anterior, vale la pena recordar que la solemnidad es un principio según el cual en un contrato además del consentimiento de las partes, se requiere para el perfeccionamiento que adicionalmente se de cumplimiento a una formalidad; en el caso del contrato mercantil de seguro, se refiere a la acción de suscribir la póliza de seguros como la formalidad necesaria para que el contrato se entienda perfeccionado con las implicaciones que esto sobrelleva, vale la pena citar lo estipulado en Sentencia 6575 de 1992 con relación a que *“la póliza es de aquellos documentos denominados “ad substantiam actus”, vale decir elemento esencial del contrato, sin el cual éste no surge a la vida jurídica, La póliza en el contrato de seguro debe contener además de las condiciones generales, las llamadas condiciones particulares que acuerden las partes.”*

Volviendo a la característica de consensualidad del contrato de seguro, se define, con relación a esta particularidad del perfeccionamiento del contrato, en el artículo tercero de la ley 389 de 1997, el cual subroga lo definido por el artículo 1046 del código de comercio, lo siguiente:

El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.

Se puede concluir entonces, que no obstante el contrato nace a la vida jurídica en cuanto se hace el acuerdo de voluntades, el escrito y la confesión constituyen medio probatorio de la existencia del contrato mercantil de seguro, y pese a que se limita a estos la forma de probarlo, es un contrato con formalidades *ad probationem*, y se protege a las partes descartando la prueba testimonial. Entiéndase con lo anterior que la prueba escrita idónea la constituye la póliza expedida por la aseguradora.

Sobre este cambio de criterio en la legislación ha habido diferentes posturas, y sobre la motivación de modificarla ha manifestado también el doctor Jiménez Aguirre, además de lo comentado en el párrafo anterior, que *“obedece a una situación de carácter material, ya que a juicio de éste, en la contratación de seguros se venía presentando un desequilibrio que favorecía a las empresas aseguradoras”*. El manejo que algunas empresas de seguro estaban dando al negocio constituía

beneficio propio por cuanto asumían las condiciones de perfeccionamiento del contrato como consensual o solemne según conviniera en cada caso, sobre lo anterior manifiesta el doctor López Blanco que:

Las aseguradoras tenían el sistema a su favor ya que desde que se otorgaba el amparo y mientras que se expedía la póliza, transcurría un término prudencial que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa, dentro del cual si no se presentaba el siniestro, la póliza que se elaboraba se expedía con efecto retroactivo a la fecha de emisión del consentimiento; pero si antes de la expedición de la póliza o de su entrega ocurría un siniestro y operaba la correspondiente reclamación, la aseguradora podía objetar y negar el pago de la indemnización con el argumento, legalmente válido, de que al no estar efectuada la solemnidad, o no poderse probar la misma, el contrato no había nacido a la vida jurídica, y por consiguiente, no existía responsabilidad de su parte.

Es muy importante tener en cuenta lo anterior por parte de la administración pública, por cuanto debe haber claridad con relación al compromiso de las partes incluso previamente a la suscripción de las pólizas a que haya lugar, pues cualquier responsabilidad por la ocurrencia de un siniestro debe ser asumida por la aseguradora y no por el Estado si ha habido ya acuerdo de voluntades para tomar la misma. Se aclara que el acuerdo de voluntades debe ser entre la compañía aseguradora y el contratista del Estado en su calidad de tomador.

Cabe resaltar que este es un tema sobre el cual aún en la actualidad se generan algunas controversias, pero la validez absoluta la ostenta el carácter de consensual que la ley 389 de 1997 le dio a los contratos de seguro y con base a este postulado debe regirse la actividad

aseguradora en todo el territorio nacional.

3.1.3.2 Bilateralidad.

En el ya mencionado artículo 1036 del código de comercio se define la bilateralidad como una de las características del contrato mercantil de seguro, aspecto que fue ratificado en la ley 389 de 1997 cuando se realizaron modificaciones al mismo.

El artículo 1496 del código civil define a respecto que *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”* En síntesis, una vez expresado el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el asegurado se entiende perfeccionado en contrato y por ende estos quedan obligados entre si a partir de ese momento.

3.1.3.3 Es Oneroso.

La condición de contrato oneroso concedida al seguro, encuentra justificación por cuanto por una parte las aseguradoras deberán asumir el pago de indemnización en caso de ocurrencia del siniestro amparado, y por otra parte el asegurado debe asumir el monto de la prima al momento de tomar el seguro. Lo anterior respaldado jurídicamente por el artículo 1497 del código civil colombiano, que se refiere a dos características de los contratos mercantiles con relación a la

utilidad que conlleva su celebración a las partes, así:

ARTICULO 1497. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

3.1.3.4 Es Aleatorio.

De la condición del seguro como contrato oneroso, se desprende una clasificación con base en la equivalencia de las contraprestaciones que implica la relación contractual. Es en el artículo 1498 del Código Civil donde se define que “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.” Teniendo en cuenta la naturaleza incierta de la ocurrencia del siniestro amparado con el contrato de seguro, se encuentra justificada tal condición; por demás, el pago de una indemnización por parte de la aseguradora en caso de ser necesario no guardará proporción en su monto con respecto a lo que ha pagado el tomador por la prima.

3.1.3.5 Es de ejecución sucesiva o tracto sucesivo.

Esta característica del contrato de seguro, hace referencia al tiempo en que se desarrolla el contrato, puesto que a diferencia de otros objetos contractuales, el de seguro mantiene continua la obligación de al menos una de las partes contratantes a lo largo de la vigencia definida,

aspecto que lo hace sucesivo en ese plazo; es decir, que los compromisos no concluyen al suscribirse el contrato y que la ejecución del mismo se encuentra condicionada al transcurrir del tiempo.

El doctor LÓPEZ BLANCO afirma que “el contrato apenas comienza cuando se perfecciona, pues mientras está vigente subsisten diversas cargas, como las de mantener el estado del riesgo, comunicar circunstancias que impliquen su agravación, observar estrictamente las garantías dadas, etc.”, y hace una aclaración muy acertada con respecto a que estando ya perfeccionado el contrato de seguro, las obligaciones de las partes antes y después de la ocurrencia de un siniestro son diferentes, previamente las obligaciones recaen sobre tomador y asegurado y posteriormente ambas partes adquieren nuevas obligaciones; por una parte el asegurador deberá hacer la indemnización correspondiente a los montos asegurados, y la contraparte tendrá que informar sobre la ocurrencia del siniestro, demostrar su reclamación y comunicar la eventual existencia de algún coaseguro, entre otros.

3.1.3.6 Es Indemnizatorio.

Para definir esta característica del contrato mercantil de seguro, de daños para el caso que nos ocupa, y pese a ser resultado de una posición doctrinal no estipulada en la legislación nacional, se debe en principio hacer referencia a las siguientes regulaciones del Código de Comercio, a saber:

ARTÍCULO 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

ARTÍCULO 1088. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

Conforme a esto, se reitera el carácter indemnizatorio del seguro, puesto que la parte asegurada podrá en caso de ocurrencia del riesgo amparado solicitar indemnización únicamente por un monto correspondiente a los perjuicios sufridos derivados de tal evento, estando el pago sujeto a que se demuestren los perjuicios acaecidos y con la premisa de que el monto de este pago deberá ser a lo sumo por el valor actualizado de los bienes siniestrados. Sobra señalar que la sola ocurrencia de un siniestro no constituye obligación por parte del asegurador para el pago de indemnización al asegurado, debe existir afectación en el patrimonio de este último.

3.1.3.7 En Consideración a la Persona.

Esta característica no es aplicable a todos los contratos de seguro, en especial guarda relación con aquellos casos en que se presenta riesgo moral, donde pesa aún más que el bien asegurado el perfil moral del asegurado; y pese a no estar esta característica expresamente definida en el estatuto comercial, encuentra justificación conforme a lo estipulado en el artículo 1107 de dicho estatuto, donde se dispone que,

La transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia.

La extinción creará a cargo del asegurador la obligación de devolver la prima no devengada.

El consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo.

Lo anterior, reitera la condición del *intuitu personae* conferida al contrato de seguro; y esta en cabeza de las compañías aseguradoras determinar las condiciones en que se prestará amparo según la naturaleza del asegurado; reflejo de esto, es el régimen particular que existe para el otorgamiento de mecanismos de cobertura a favor de las entidades estatales.

3. 1.3.8 De Buena Fe.

La buena fe es un principio cuya presunción esta reglamentada desde la Constitución misma; y en términos de los negocios jurídicos, el artículo 871 del Código de Comercio dicta que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”; y el contrato mercantil de seguro no es la excepción.

Comenta el doctor EFRÉN OSSA, lo siguiente:

En los preliminares del contrato, en su desenvolvimiento sucesivo y en su ejecución, el asegurador debe encomendarse a la lealtad del asegurado, de cuya honestidad y de cuya prudencia depende, por modo casi exclusivo, el equilibrio de la relación económico-jurídica que los vincula”; aún mas teniendo en cuenta que el asegurador toma por cierto lo declarado por el tomador haciendo presunción de que este actuará con toda la lealtad del caso; sin embargo, y por la necesidad del primero de protegerse, se establecen en las pólizas algunas cláusulas que buscan drásticas sanciones para quienes defrauden la buena fe presumida.

3. 1.3.9 De Adhesión.

Con base en los sujetos que intervienen en la estructuración de un contrato, se pueden clasificar estos como contratos de libre discusión o como contratos de adhesión; en los primeros, existe concurrencia de las partes para deliberar y definir las condiciones o cláusulas del mismo. En segundo lugar, están los contratos de adhesión, característica que la doctrina le ha atribuido a los contratos mercantiles de seguro, y que son aquellos en los cuales las condiciones están dadas únicamente por una de las partes, y la otra parte solo tiene la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas; así pues, en los contratos de seguro son las compañías aseguradoras las que diseñan los estándares de pólizas de acuerdo a diversos factores como el interés a asegurar o los mismos amparos que se ofrecerán, entre otros; careciendo el tomador como contraparte de la posibilidad de influir en las condiciones ofrecidas.

Sin embargo, hay algunas compañías aseguradoras que, quizá como mecanismo de competencia

para sobresalir en el mercado, muestran algo de flexibilidad con sus clientes y permiten hacer revisión conjunta de algunas de las condiciones con la posibilidad en caso de haber acuerdo mutuo de realizar modificaciones a lo previamente estipulado. La existencia de los intermediarios de seguros, que como es bien sabido es el mecanismo predilecto para acceder a una garantía permite en parte que se de esta oportunidad limitada de influir en el contenido del contrato de seguro a suscribir.

En conclusión, esta característica es propia del contrato mercantil de seguro en términos generales, pero a mi parecer la misma está supeditada a diversos factores, quizá el factor más importante es el tipo de cliente que sea el tomador, o el asegurado; pues ya sabemos que en el caso de las garantías en favor de entidades estatales, son éstas conjuntamente con las compañías aseguradoras, a través muchas veces de las agremiaciones existentes, quienes definen las condiciones de los amparos ofrecidos y demás aspectos garantes de la protección del patrimonio público.

3.1.4 Elementos Esenciales de las Garantías.

El Código de Comercio en su artículo 897 señala que cuando *“se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*, de ahí la necesidad de definir claramente los elementos esenciales de un contrato, dado que en ausencia de alguno de ellos este no tendrá ningún efecto en ningún momento, y el contrato mercantil de seguro no es la excepción; el artículo 1045 del estatuto comercial es el encargado de fijar estos parámetros, así:

ARTÍCULO 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) El interés asegurable;
- 2) El riesgo asegurable;
- 3) La prima o precio del seguro, y
- 4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Es importante hacer claridad en las implicaciones que tiene la naturaleza jurídica de la existencia de los elementos mencionados, además de la ya señalada tipificación como ineficaz, el C. de Co. se refiere a la inexistencia de un acto en el artículo 898 definiendo que “*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*”; sin embargo, ya en la práctica ese manejo no es tan claro, vale la pena hacer referencia a lo señalado por el doctor López Blanco en cuanto a la necesaria intervención en muchos casos de la declaración judicial, veamos:

Ante el desacuerdo de dos contratantes sobre el asunto, la única manera de dirimir la controversia es acudir ante un juez para que en proceso de cognición defina. Piénsese nada más, para ilustrar con un ejemplo la situación, que ante un siniestro la aseguradora afirme que no esta obligada a indemnizar porque faltaba un elemento esencial del contrato, v. gr. el interés asegurable, posición que no comparte el asegurado. En ese caso, la única forma de solución es el proceso ordinario para que el juez defina la cuestión y si lo que se quiere es ser ortodoxo al

máximo, lo que se pedirá al mismo no es que “declare” la ineficacia, sino que la “constate”, para evitar choques frente a lo señalado en el art. 897 de C. de Comercio antes citado.

Para el caso de los contratos estatales, es muy importante que previamente a la aprobación de las pólizas otorgadas por los particulares vinculados ya sea en un proceso de selección o como contratistas, se constate que se encuentren expresamente definidos en el contrato de seguro los cuatro elementos esenciales mencionados, puesto que en caso de siniestro de no llegar a ser valida la póliza será el Estado quien deba asumir el costo de la indemnización, y como sabemos, esto constituirá indefectiblemente un daño patrimonial.

A continuación entonces, se revisaran en detalle las condiciones y características de cada uno de los cuatro elementos esenciales del contrato mercantil de seguro.

3.1.4.1 El Interés Asegurable.

Conforme el artículo 1083 del Código de Comercio, toda persona, natural o jurídica, cuyo patrimonio lícito sea susceptible de verse afectado por materialización de algún riesgo, ya sea de forma directa o no, tiene interés asegurable, dependiendo esto de la posibilidad de estimar ese interés en términos de dinero. De lo anterior se puede inferir, que se establece un interés asegurable cuando existe riesgo de daño patrimonial ocasionado por hechos previamente definidos y que tiene como consecuencia un perjuicio económico cuantificable, haciendo salvedad en que no constituye el patrimonio como tal un interés asegurable.

Sobre el interés asegurable se definen en el Código de Comercio una serie de condiciones

especiales en cuanto al manejo del concepto de daño emergente, veamos:

ARTÍCULO 1084. Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consignado en el artículo 1089.

ARTÍCULO 1086. El interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo. La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1070, 1109 y 1111.

ARTÍCULO 1087. En los casos en que no pueda hacerse la estimación previa en dinero del interés asegurable, el valor del seguro será estipulado libremente por los contratantes. Pero el ajuste de la indemnización se hará guardando absoluta sujeción a lo estatuido en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 1088. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

ARTÍCULO 1089. Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario. Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el

asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

ARTÍCULO 1091. El exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado producirá la nulidad del contrato, con retención de la prima a título de pena, cuando de parte del asegurado haya habido intención manifiesta de defraudar al asegurador. En los demás casos podrá promoverse su reducción por cualquiera de las partes contratantes, mediante la devolución o rebaja de la prima correspondiente al importe del exceso y al período no transcurrido del seguro.

La reducción no podrá efectuarse después de ocurrido un siniestro total.

ARTÍCULO 1093. El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración.

La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado.

Respecto a lo anterior, se resalta la importancia de determinar adecuadamente el valor real del interés asegurado, teniendo claridad en el precepto de que el seguro tiene un sentido indemnizatorio y en ningún momento puede constituir lucro para el asegurado.

3.1.4.2 El Riesgo Asegurable.

En términos generales, los riesgos se refieren a la probabilidad de ocurrencia de un evento adverso, incierto y posible, que deje como consecuencia un perjuicio económico al asegurado. El estatuto comercial además de definirlo hace algunas consideraciones importantes sobre el manejo e implicaciones de dicho riesgo asegurable, así:

ARTÍCULO 1054. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

ARTÍCULO 1055. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

ARTÍCULO 1056. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

ARTÍCULO 1057. En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.

ARTÍCULO 1058. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o

circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

ARTÍCULO 1059. Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.

El doctor EFRÉN OSSA presenta en su obra una serie de clasificaciones y tipologías de los riesgos asegurables, con relación a la naturaleza del riesgo, para el tema que nos concierne y como debería determinarse para todos los tipos de riesgo dado que directa o indirectamente

conlleve a un detrimento patrimonial, nos centraremos en que los riesgos relacionados con la contratación estatal son de naturaleza patrimonial. Adicionalmente, conforme a lo estipulado en su obra, podemos otorgarle a los riesgos el calificativo de ser un suceso incierto, aleatorio o fortuito, de posible ocurrencia, estar dentro de la ley y tener la particularidad de ocasionar un perjuicio económicamente cuantificable.

En las entidades estatales, conforme a la legislación vigente, se realiza previamente a la adjudicación de los contratos un análisis detallado de los riesgos asegurables a fin de definir además de quien los debe asumir, los mecanismos de cobertura, y en tal caso las condiciones que debe contener el contrato de seguro que prestará garantía.

3.1.4.3 La Prima o Precio del Seguro.

Como ya se ha venido haciendo referencia, siendo el contrato de seguro bilateral y oneroso, el asegurador ofrece un amparo al tomador y este en contraprestación deberá pagar en favor del primero el monto de la prima o precio del seguro, valor que debe definirse previamente y quedar consignado en la póliza correspondiente. No obstante, debe hacerse especial énfasis en lo siguiente, lo que constituye un elemento esencial del contrato mercantil de seguro no es la realización del pago de la prima como tal sino la determinación del monto de la misma; por ende, únicamente habiéndose estipulado en la póliza el monto de la prima que debe pagar el tomador, el contrato producirá efectos.

Sin embargo, algunas de las estipulaciones del Código de Comercio respecto al pago de la

prima, aplican solamente en los casos en que es el estado quien actúa como tomador de una póliza, para asegurar por ejemplo los inmuebles de su propiedad; puesto que en los casos en que el tomador es un particular involucrado en un proceso de contratación con el Estado se tienen en cuenta unas consideraciones particulares definidas en el Estatuto General de Contratación. Debido a que en la práctica se tiende a confundir estos principios, éste Estatuto estipula expresamente con respecto a la garantía expedida a favor de una entidad estatal que la misma “se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.”

Teniendo en cuenta lo anterior, conceptos como el definido en el artículo 1066 del Código de Comercio respecto a que, salvo disposición en contrario, el tomador tiene la obligación de hacer el pago de la prima dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza, o el definido en el artículo 1068 referente a que el no pago de la prima ocasiona terminación automática del contrato de seguro, deben ser reconocidos por la administración estatal solo cuando se celebre un contrato de seguro ya que en los otros casos, en que esta no actúa como tomador sino como asegurado y beneficiario, sea que el tomador realice o no el pago de la prima, la entidad puede y debe solicitar la indemnización correspondiente en caso de siniestro.

Respecto al pago de la prima o precio del seguro, el estatuto comercial fija además los siguientes lineamientos:

ARTÍCULO 1067. El pago de la prima deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el

de sus representantes o agentes debidamente autorizados.

ARTÍCULO 1068. Artículo subrogado por el artículo 82 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes.

ARTÍCULO 1069. El pago fraccionado de la prima no afecta la unidad del contrato de seguro, ni la de los distintos amparos individuales que acceden a él.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará al pago de las primas que se causen a través de la vigencia del contrato y a las de renovación del mismo.

ARTÍCULO 1070. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro fuere parcial, se tendrá por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro.

En los seguros colectivos, esta norma se aplicará sólo al seguro sobre el interés o persona afectados por el siniestro.

En los seguros múltiples, contratados a través de una misma póliza, y con primas independientes, se aplicará al seguro o conjunto de seguros de que sean objeto el interés o la persona afectados por el siniestro, con independencia de los demás.

Este artículo tan solo puede ser modificado por la convención con el objeto de favorecer los intereses del asegurado.

3.1.4.4 La Obligación Condicional del Asegurador.

El Código Civil en su artículo 1530 define una obligación condicional como aquella que depende de un acontecimiento futuro e incierto para ratificarse como tal; es decir, que está condicionada a la ocurrencia de un evento para producir efectos.

Para establecer lo que significa obligación condicional del asegurador, es necesario volver sobre la definición de riesgo contenida en el artículo 1054 del estatuto comercial, que denomina el riesgo como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”; dado esto, en el contrato mercantil de seguro, la obligación del asegurador para realizar el pago de una indemnización no puede tener otra condición diferente a la materialización del riesgo asegurado.

En principio la obligación que ocupa al asegurador es la de asumir un riesgo, amparar el patrimonio del asegurado, y esta a su vez desencadena otra obligación de carácter aleatorio que consiste en el pago del monto asegurado condicionado a la ocurrencia de un siniestro, “esta obligación del asegurador es eventual, sea en cuanto a la realización misma del siniestro o a la época en que ocurrirá: su obligación cierta es la de pagar si el siniestro se produce en las condiciones previstas en la ley y en el contrato...”

3.1.5 Sujetos del Contrato Mercantil de Seguros.

Cuando en el contrato de seguro se habla estrictamente de las partes, se hace referencia al asegurador -como la persona jurídica que asume los riesgos- y al tomador –como la persona que los traslada-, así lo manifiesta el Código de Comercio en su artículo 1037 en concordancia con el hecho de que las obligaciones contractuales a que da origen la suscripción de una póliza únicamente involucra a éstos; sin embargo, debe considerarse a los demás actores intervinientes en mayor o menor grado, hago referencia al asegurado, el beneficiario, y otros sujetos.

En el contexto del tema objeto de estudio en el presente capítulo, las garantías contractuales, se debe recordar que las entidades estatales no están incluidas en las partes contratantes, pues el papel de estas es como beneficiario o asegurado, posición que se haya respaldada por el artículo 1039 del Código de Comercio, donde se define que el contrato de seguro “puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada. No

obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo”.

Dado lo anterior, deben estar establecidos en el contrato mercantil de seguro los compromisos que tengan que adquirir todos los involucrados en su suscripción a fin de que estos los reconozcan, a continuación veremos las características de cada uno de los mencionados sujetos intervinientes en el contrato de seguros y puntualizaremos en los casos de interés para el ejercicio de la contratación estatal.

3.1.5.1 El Asegurador.

Como ya se ha mencionado, el asegurador es considerado una de las partes contratantes, la que asume la responsabilidad indemnizatoria en caso de ocurrencia del siniestro amparado, pero más allá de esto, debe cumplir con algunas estipulaciones legales, la primera y más importante es estar constituida como una persona jurídica, condición que excluye a persona natural alguna de la posibilidad de actuar como asegurador, posición ampliamente justificada por la complejidad que implica el desarrollo de la actividad aseguradora en general y lo poco factible de dejar esta responsabilidad en manos de una persona natural; agrega a lo anterior el doctor LÓPEZ BLANCO que la confianza que se da a las empresas aseguradoras de ejercer tal actividad radica en la capacidad gubernamental de regular su funcionamiento técnica, administrativa y legalmente a través del ente encargado de dicha autorización y posterior supervisión, que en la actualidad es la Superintendencia Financiera de Colombia, sobra decir que quienes carezcan de esta aprobación y se dediquen a la actividad aseguradora estarán

incurriendo al celebrar contratos mercantiles de seguro en un acto de ilegalidad que además de derivar en sanciones no los eximirá de la responsabilidad de pagar la indemnización en caso de siniestro sin poder cobrar en contraprestación el costo de la prima.

Entre las obligaciones del asegurador para con la parte asegurada, consignadas en el Estatuto Comercial, se encuentran algunas de gran interés como es el hecho de que se mantendrán las condiciones indemnizatorias del contrato aún cuando se consuma el siniestro después del vencimiento de la vigencia del seguro, sí dicho evento inició dentro de dicha vigencia, caso contrario a cuando el siniestro inicio antes de entrar en vigencia la garantía y se consuma cuando los riesgos apenas empiezan a correr por la cuenta del asegurador, en este caso no procederá indemnización alguna (art. 1073), suma por la que el asegurador esta obligado a responder solo hasta la concurrencia del valor asegurado (art. 1079). Se estipula en el mismo documento legal, que otra de las obligaciones importantes de la parte aseguradora radica en, “efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a cargo y sobre importe de ella, interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”.

Conforme a la legislación aplicable a la contratación pública, y aunque en la gran mayoría de los casos las entidades estatales obtienen pólizas de seguro como mecanismos de cobertura de los riesgos, debe tenerse en cuenta lo definido en el artículo 3° del Decreto 4828 de 2008, en

cuanto a que de la misma manera pueden otorgarse garantías mediante fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores o deposito de dinero en garantía, excepto cuando se trata de responsabilidad extracontractual de la administración por hechos u omisiones del contratista respectivo, caso en el que solo aplicará la póliza de seguro. Para los primeros casos mencionados, la parte contractual garante no corresponde en todos los casos a una compañía aseguradora, por ende la Superfinanciera ha definido igualmente lineamientos y requisitos mínimos para el desempeño de esta actividad comercial por parte de otras personas jurídicas como bancos o fiduciarias.

La entidad estatal contratante podrá de acuerdo a consideraciones objetivas definir los mecanismos de cobertura de los riesgos que apliquen en un proceso de contratación en particular, pero no podrán interferir en ningún grado en la escogencia de la compañía aseguradora, banco o fiducia por parte del particular candidato o contratista para la prestación de los amparos que correspondan; sin embargo, se constatará por parte de la administración que la compañía que otorga la garantía lo haga conforme a la políticas definidas en favor de las entidades estatales.

3.1.5.2 El Tomador.

En concordancia con lo definido en el Estatuto Comercial Colombiano, el tomador como una de las partes del contrato mercantil de seguro puede ser bien una persona natural o una persona jurídica, y es quien accede a trasladar los riesgos a la parte aseguradora ya sea en nombre propio o de un tercero (Art. 1037, C. de Co.), esto teniendo en cuenta que el patrimonio que pueda

verse afectado puede ser propio o ajeno.

En términos generales de los seguros de daños, esta claro que el tomador es quien debe celebrar el contrato de seguro con la parte aseguradora, con todas las obligaciones y beneficios que ello conlleva, más en algunos casos el primero puede actuar a su vez en el mismo contrato como el asegurado y el beneficiario, esto dependiendo en principio de la pertenencia del interés asegurable, y tal como lo apropia el Estatuto Comercial en sus artículos 1040 y 1042, en tanto no se manifieste lo contrario se entenderá por defecto que el seguro será por cuenta propia, lo que implica que el tomador será asimismo el asegurado; no obstante, cuando no sea del tomador el interés asegurable y se tome la garantía por cuenta de un tercero, deberá quedar expresado en la póliza.

El Código de Comercio establece en su artículo 1041 que las obligaciones en el título V impuestas al asegurado, “se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas” y en el 1044, que “Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador.”

Además de lo anterior, y con respecto a lo definido en el Código de Comercio, el tomador tiene, entre otras, la obligación de declarar en el cuestionario definido y de forma transparente el escenario correspondiente al estado del riesgo, informar al asegurador sobre todos los hechos o circunstancias que permitan a este decidir sobre la suscripción o no de dicho contrato de

seguro, **so pena** de incurrir en nulidad relativa del contrato en caso de demostrarse la reticencia o inexactitud en la información suministrada; no obstante, “si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo” (art. 1058). Incluso, una vez celebrado el contrato a satisfacción de las partes, es obligación tanto del tomador como del asegurado informar al asegurador, por medio escrito y en los términos definidos, sobre las circunstancias que representen variación o agravación del estado del riesgo, a merced según criterio del último de un eventual reajuste en el valor de la prima o la revocación misma del contrato de seguro, solo se determinara directamente la terminación del contrato cuando no se realice la notificación oportuna; y en cuanto a la prima devengada, será retenida en caso de demostrarse mala fe del tomador o asegurado en la declaración del estado del riesgo (art. 1060).

Es también obligación del tomador, como contraprestación a los servicios que prestará la parte aseguradora, hacer el pago del valor de la prima, que “salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella”

Sin embargo, respecto a los artículos 1060 y 1066 del Código, al tratarse de contratos estatales pierden validez algunas de las estipulaciones, puesto que conforme a lo definido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 cuando se trata de pólizas en favor de entidades estatales, “las

mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral”; y en términos generales, según lo dispuesto en el artículo 15 numeral 6 del Decreto 4820 de 2008, en que “a la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista”.

Por otro lado, cuando se trata de garantías contractuales, está claramente diferenciado el papel de los tres actores – tomador, asegurado y beneficiario-, es el particular que tiene la relación contractual con la entidad estatal quien debe ser tomador de la garantía en favor de ésta, como mecanismo de protección para el Estado por los riesgos asignados cuya materialización pueda ocasionar afectación al patrimonio público. Estas garantías deben tomarse conforme a lo definido en los pliegos del contrato en cuanto al objeto, el plazo y el porcentaje de cobertura, aspecto que debe ser oportunamente revisado y aprobado por el funcionario público competente.

3.1.5.3 El Asegurado.

Partiendo de lo definido en el artículo 1083 del Estatuto Mercantil, en cuanto a que tendrán interés asegurable las personas poseedoras de patrimonio alguno, susceptible por demás de afectación en caso de siniestro, y haciendo relación con las calidades otorgadas en la ley al asegurado, se puede deducir que en el contrato de seguro actuará como asegurado la persona

natural o jurídica titular del interés asegurable que se pretenda amparar.

En cuanto a este sujeto, debe resaltarse que algunas de las obligaciones del tomador son compartidas con el asegurado y con el beneficiario, por tanto es importante conocer la posición de las tres figuras a fin de que cada una asuma las responsabilidades respectivas, sobre todo en lo relativo al estado del riesgo y notificación de ocurrencia del siniestro. Sobre el particular, define además el Código de Comercio en el artículo 1043 que el asegurador o el beneficiario podrán hacerse cargo de la obligaciones impuestas al tomador en caso de que el último las incumpliera, “sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por mora imputable al tomador”

Con respecto a las obligaciones directamente imputadas al tercero por el Estatuto Comercial; se resalta por un lado, el deber que tiene el asegurado en caso de ocurrencia de siniestro de evitar su extensión y propagación, así como de procurar salvaguarda a las cosas aseguradas, con la salvedad que los gastos en que se incurra con tal gestión le serán retribuidos por el asegurador dentro de los términos definidos (art. 1074); además, es de carácter obligatorio que asegurado o beneficiario notifiquen al asegurador, la ocurrencia del siniestro dentro de los términos que se establezcan (art. 1075) y la eventual existencia de seguros coexistentes (art. 1076).

Debido a la circunstancia antes mencionada, de que el contrato de seguro no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado, se define en el artículo 1077 que será el asegurador quien en todos los casos deba demostrar las circunstancias que pudieran excluirlo de la responsabilidad de indemnizar; por su parte, deberá de la misma manera el asegurado “demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”.

El incumplimiento de las obligaciones a cargo de asegurado o beneficiario al ocurrir un siniestro, acarreará que el valor de los perjuicios causados sea deducido por el asegurador del valor de la indemnización correspondiente (art. 1078), con lo que se pretende crear conciencia por parte del tercero sobre las responsabilidades que adquieren pese a no ser parte del contrato de seguro; esto bajo la presunción de buena fe, pues en caso contrario se ocasiona la pérdida del derecho a la indemnización.

Sobre lo definido en el citado artículo 1075, con respecto a la obligación por parte del asegurado de informar sobre la ocurrencia del siniestro, debe hacerse claridad en que cuando se trata de contratación estatal, donde se entiende que es la entidad estatal el asegurado, el asunto está regulado por la Ley 1150 de 2007, que en el cuarto inciso del artículo 7 define que “El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare” para lo que contará, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, con un plazo de dos (2) años contados a partir del conocimiento de la ocurrencia del siniestro para realizar la notificación respectiva.

3.1.5.4 El Beneficiario.

Cuando la persona que actúa como beneficiaria sea diferente a quien fuere el tomador del

seguro, deberá quedar expresamente definido en el contrato de seguro, por cuanto la ley presume por defecto que este “corresponde al que lo ha contratado”; y pese a que no es indispensable que el beneficiario sea titular del interés asegurable, se entiende que es este sujeto del contrato mercantil de seguro quien recibirá la indemnización en caso de materialización de uno o varios de los riesgos amparados.

Tal como se puede ver en el numeral anterior, muchas de las obligaciones del asegurado son compartidas con el beneficiario, estas disposiciones se aclaran de esta manera para los casos minoritarios en que la persona del asegurado es diferente a la del beneficiario, pero se revisarán a continuación las disposiciones relacionadas con el interés único del sujeto beneficiario en su calidad de, como ya se ha dicho, receptor de la indemnización.

Compete entonces a éste, conocer que el artículo 1080 del Estatuto Comercial define que el pago por el valor de la indemnización a que haya lugar debe hacerse dentro del mes siguiente a la fecha que sea acreditada por el beneficiario, **so pena** de tener que pagar en caso de no cumplir con ese término, además del valor definido, un interés moratorio; sin embargo, tendrá el último la posibilidad de demandar en lugar del interés moratorio, indemnización por los perjuicios que pudiera causarle esta mora.

En el caso de la contratación estatal, conforme a los amparos definidos en la legislación vigente, para la gran mayoría de los casos serán las entidades públicas contratantes quienes ostenten a su vez la calidad de asegurado y beneficiario; asegurado por cuanto son éstas las titulares del interés asegurable, por ser administradoras de los bienes del patrimonio público, y

beneficiario por ser a éstas quienes debe pagarse la indemnización respectiva en caso de ocurrencia de alguno de los riesgos amparados, a fin de hacer el reintegro al erario público del valor correspondiente al perjuicio ocasionado por el particular. No obstante, será excepción al postulado anterior el amparo por responsabilidad extracontractual, que conforme al artículo 5. del Decreto No.4828 de 2008 deberá solicitar la Administración cuando se celebre contrato de obra y en los otros casos que ésta considere, debido a que tal garantía se expide con el fin de proteger a los terceros de los hechos u omisiones del contratista o sus subcontratista, lo que implica que el beneficiario no será la entidad contratante sino el tercero que pueda verse afectado.

3.1.5.5 Otros Sujetos que Intervienen.

Conforme se comentó anteriormente, además de las partes contratantes, asegurador y tomador, y los terceros directamente relacionados, asegurado y beneficiario, en los contratos mercantiles de seguro intervienen en mayor y menos grado otros sujetos intermediarios, tales como los agentes de seguros, agencias, corredores, ajustadores; con características definidas en la Ley, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra su capítulo XII a los Intermediarios de Seguros; definiendo en principio a través del artículo 40 que los *Corredores de Seguros* son empresas inscritas en la Superintendencia Bancaria dedicadas exclusivamente al negocio de los seguros –ofrecerlos y promover su celebración y renovación- actuando como intermediarios entre el asegurador y el tomador; define además, en los artículos 41 a 43, sobre los *Agentes y*

Agencias de Seguros que son “agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de capitalización las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización”, las agencias serán dirigidas por personas naturales o jurídicas constituidas conforme a lo estipulado en la norma y tendrán la capacidad de representar a una o mas compañías de seguros en determinado lugar. Los agentes podrán operar de forma dependiente o independiente, según si cuentan con un contrato de trabajo con alguna compañía de seguros para ello o se dedican a esta actividad por sus propios medios, respectivamente; deberá tenerse en cuenta que no podrán ejercer éste oficio personas con “cargos oficiales o semioficiales o pertenezcan a cuerpos públicos colegiados. Se exceptúan de esta disposición, quienes solamente desempeñen funciones docentes”

En cuanto a los ajustadores de seguros, pese a ser su actividad reconocida en el medio, no se ha expedido normatividad alguna para regularla, ésta consiste más o menos en realizar para el asegurador un estudio de las condiciones en que se presento un siniestro, o como lo definió el doctor LÓPEZ BLANCO:

Cuando ocurre un siniestro y aunque la obligación de demostrar ese hecho y su cuantía corresponde al asegurado o beneficiario, según el caso, las aseguradoras, especialmente en casos de alguna importancia o complejidad, acostumbran designar a un tercero, ajeno por completo a su organización y al asegurado o beneficiario, para que estudie las condiciones en que se presentó el siniestro y determine el monto de las pérdidas, informe con base en el cual el asegurador decide si hay lugar a pago o si la reclamación es objetable.

3.1.6 Las Pólizas en el Contrato de Seguros.

Partiendo de lo consagrado en el Estatuto Comercial, se puede definir la póliza como el documento principal, donde se encuentra contenido el contrato de seguro, y el cual debe ser entregado por parte del asegurador al tomador en original, en castellano y debidamente firmado por el primero; esto, dentro de los primeros quince días a partir de la celebración del correspondiente contrato. Sin olvidar, la importancia de la inclusión en ésta de los elementos esenciales ya estudiados

Además de lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 1047 del mencionado Código, se debe tener en cuenta que las pólizas deben contener en primer lugar las condiciones generales del contrato, y adicionalmente las condiciones que se exponen a continuación:

- La razón o denominación social del asegurador.
- El nombre del tomador.
- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.
- La calidad en que actúe el tomador del seguro.
- La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro.
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras.
- La suma aseguradora o el modo de precisarla.
- La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago.

- Los riesgos que el asegurador toma su cargo.
- La fecha en que se extiende y la firma del asegurador.
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

Se define en el mismo artículo, en párrafo subrogado por Ley 389 de 1997 en Art. 2º, que en *“los casos en que no aparezcan expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.”*

Para el caso específico de las garantías contractuales estatales, se definen en el artículo 15 del Decreto No.4828 de 2008 las condiciones mínimas que deberá contener la garantía única de cumplimiento, que parte de la base de las condiciones definidas en el Estatuto Comercial, pero con requerimientos adicionales; como la inclusión del objeto por cada uno de los amparos según sus riesgos y valores asegurados, que se expresen las exclusiones definidas en la misma norma y no deberá incluirse en las condiciones *Cláusula de Proporcionalidad* o afines.

En el artículo 1048 se define que de igual manera hacen parte de la póliza dos documento más, que corresponden el primero a la solicitud de seguro ya firmada por el respectivo tomador, y el segundo a aquellos anexos que sean emitidos por la aseguradora con el fin de *“adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza”*; sin olvidar que en este y los demás casos que se mencionen, puede el tomador *“en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le dé copia debidamente autorizada de la solicitud y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo.”*

Debe hacerse claridad en algo, y es que pese a ser de gran importancia que la póliza incluya todos los elementos mencionados, únicamente en ausencia de alguno de los cuatro elementos esenciales del contrato de seguro – interés asegurable, riesgo asegurable, prima y obligación condicional del asegurador- este no producirá efectos en ningún momento.

Según lo expuesto previamente, define el doctor LÓPEZ BLANCO, refiriéndose a la importancia de la prontitud por parte de la parte aseguradora de hacer entrega de la póliza al tomador, que *“es por excelencia la póliza de seguro el documento que mayor claridad y precisión aporta para determinar el alcance de las relaciones contractuales, debido a que una vez entregada la póliza sin que existan observaciones por parte del tomador o asegurado será lo en ella plasmado ley para los contratantes por venir a constituir la guía clara de lo que se acordó”*; expresión por demás acertada, aún mas si se tiene en cuenta que este documento constituye el principal medio de prueba del contrato de seguro, por cuanto al ser ésta recibida a satisfacción por el tomador, lo allí contenido es determinante al momento de reconocer responsabilidades, obligaciones, beneficios y retribuciones de las partes, entre otros.

Para el caso de las garantías contractuales debe recordarse que la póliza de seguro constituye simplemente uno de los cinco mecanismos de cobertura de riesgos definidos en el artículo 3° del Decreto No.4828 de 2008, puesto que es igualmente valido prestar garantía en favor de una entidad estatal mediante una fiducia mercantil en garantía, una garantía bancaria a primer requerimiento, el endoso en garantía de títulos valores o un depósito de dinero en garantía; sobre el particular se volverá en detalle mas adelante.

Se presumirá en todo momento, con base en lo dispuesto por el artículo 1052 del Estatuto Comercial, que *“las firmas de las pólizas de seguro y de los demás documentos que las modifiquen o adicionen se presumen auténticas”*, de demostrarse lo contrario se incurrirá en las sanciones definidas por la Ley.

3.1.6.1 Clases de Pólizas.

En principio, revisaremos algunos lineamientos definidos en el Código de Comercio Colombiano con respecto no solo a las clases sino también a las características distintivas de las pólizas de seguro; a saber,

ARTÍCULO 1050. La póliza flotante y la automática se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre.

ARTÍCULO 1051. La póliza puede ser nominativa o a la orden. La cesión de la póliza nominativa en ningún caso produce efectos contra el asegurador sin su aquiescencia previa. La cesión de la póliza a la orden puede hacerse por simple endoso. El asegurador podrá oponer al cesionario o endosatario las excepciones que tenga contra el tomador, asegurado o beneficiario.

Lo anterior, de acuerdo a los contratos mercantiles de seguro en general y de acuerdo a la

naturaleza como tal de las pólizas, pero en concreto para contratación con recursos públicos y con respecto a los amparos ofrecidos se definirá a continuación las clases de pólizas o garantías válidas.

3.1.6.2 Otros Mecanismos de Cobertura del Riesgo amparado en los Contratos Estatales.

Inicialmente el criterio de no exclusividad se introdujo al régimen de las garantías por medio del artículo 7ª de la Ley 1150, pero es en el Decreto No.4828 de 2008 donde se definen las cinco clases de garantía que pueden ser otorgadas a favor de las entidades públicas como amparo a los riesgos asignados; sin embargo, no esta en libertad el contratista o proponente, de decidir cual utilizar entre todas éstas en todos los casos, puesto que es importante tener en cuenta algunas consideraciones respecto a las características de estos mecanismos de cobertura de riesgos, que las hacen admisibles en unos casos pero no en otros, tal como se puede ver a continuación:

a) Fiducia Mercantil en Garantía.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3º de este decreto, se puede utilizar la fiducia mercantil con finalidad de servir de garantía como mecanismo de cobertura aceptable por la entidad contratante para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato o de su liquidación.

Los bienes o derechos que sean entregados en fiducia mercantil en garantía deberán ofrecer a la entidad contratante un respaldo idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas.

La sociedad fiduciaria, en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, deberá expedir el respectivo certificado de garantía o el documento que haga sus veces, en el que conste:

1. El nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía.
2. La duración del contrato de fiducia.
3. El valor de la garantía.
4. La vigencia de la garantía la cual deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 7° de la norma del presente decreto, para cada una de las coberturas.
5. El valor de los bienes y derechos fideicomitidos que conste en el último de los estados financieros actualizados del fideicomiso y una descripción detallada de los mismos.
6. El procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenidas en este

decreto.

7. Los riesgos garantizados.
8. La prelación que tiene la entidad contratante para el pago.
9. Los mecanismos por los cuales la fiduciaria contará con los recursos para hacer efectiva la garantía, los cuales no podrán afectar la suficiencia de esta.

La fiduciaria no podrá proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la entidad contratante.

Sólo podrá aceptarse como garantía la fiducia mercantil que tenga como activos que conforman el patrimonio autónomo los siguientes bienes y derechos:

- Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en estas mismas carteras.
- Inmuebles sobre los cuales no pese gravamen alguno y que tengan un valor comercial determinado bajo el criterio de avalúo para realización o venta, que no tengan un valor inferior a dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 smlmv) al momento de constituir la garantía, que generen rentas predeterminadas con pagos en periodos no superiores a un (1) año, equivalentes mensualmente a por lo menos el cero

punto setenta y cinco por ciento (0,75%) del valor establecido en dicho avalúo. Estas rentas no podrán estar a cargo del contratista garantizado y harán parte del patrimonio autónomo correspondiente.

El avalúo del bien inmueble deberá actualizarse mínimo una vez cada año calendario. En caso de que ese avalúo sea inferior al último en más del diez por ciento (10%) o que el bien pierda más del treinta por ciento (30%) de su valor en el término de doce (12) meses, el contratista garantizado deberá aportar nuevos bienes hasta cubrir el valor de la garantía exigida, en un término no inferior a treinta (30) días calendario contados desde la fecha del requerimiento escrito de la fiduciaria. El incumplimiento de la obligación de aportar nuevos bienes generará para el contratista las consecuencias previstas en el artículo 13 de este decreto.

Para todos los efectos de los bienes y derechos que pueden entregarse al patrimonio autónomo, los bienes inmuebles no podrán ser reconocidos como activo de garantía sino por el setenta por ciento (70%) del valor que arroje el avalúo y los valores hasta por el noventa por ciento (90%) de su valor efectivo anual, mes vencido.

De las rentas periódicas que produzcan los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo la fiduciaria retendrá el uno por ciento (1%) mensual hasta completar el valor equivalente al tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor, sumas que invertirá en una cartera colectiva del mercado financiero y que destinará para el ejercicio de conservación, defensa y recuperación de los bienes fideicomitidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía. El saldo mensual de dichas rentas

periódicas será entregado a quien indique el fideicomitente.

Este procedimiento se mantendrá hasta el momento en que deba hacerse efectiva la garantía, evento este en el cual todas las rentas se mantendrán en el fideicomiso para destinarlas al objeto principal del contrato.

El avalúo que fija el valor de los activos inmuebles que conforman el fideicomiso, deberá ser emitido bajo el criterio de valor de realización a corto plazo por una entidad colegiada autorizada para realizar avalúos en el país, escogida de manera exclusiva por la fiduciaria. En todo caso los evaluadores deberán ser independientes y deberán estar registrados en el registro nacional de evaluadores. La totalidad de la remuneración de los evaluadores y de los costos del avalúo será exclusivamente pagado por la fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso, por lo que esta deberá tomar las medidas que aseguren la existencia de dichos recursos líquidos.

Para la aprobación de la garantía por parte de la respectiva entidad, los oferentes o contratistas deberán acreditar la constitución de la garantía a través de la copia del respectivo contrato y entregar el certificado de garantía expedido por la sociedad fiduciaria.

El contrato de fiducia mercantil debe contener al menos los siguientes requisitos sin los cuales no podrá ser aceptado como garantía por parte de la entidad contratante: Las partes del contrato fiduciario

En el contrato de fiducia se debe estipular que actúan como partes (i) el constituyente – que puede ser el oferente o contratista o una persona jurídica autorizada por sus estatutos para garantizar obligaciones de terceros– y (ii) la fiduciaria.

- (i) *Beneficiario.* En el contrato de fiducia se debe estipular que el beneficiario es la entidad pública ante la cual el constituyente vaya a presentar una oferta o tenga celebrado un contrato. Cuando la fiducia esté constituida exclusivamente por valores de que trata el artículo 18.1 precedente, esta podrá otorgarse a favor de varias entidades públicas para garantizar obligaciones derivadas de otras propuestas o contratos.
- (ii) *Conservación de los Bienes.* En el contrato de fiducia se debe estipular que es obligación del fiduciario realizar todos los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.
- (iii) *Idoneidad de la Garantía.* El contrato deberá contener la obligación del fiduciario de efectuar periódicamente valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo a precios de mercado o técnica y suficientemente atendiendo el valor de realización de los mismos, con el objeto de velar por la idoneidad de la garantía. Adicionalmente, deberá incluirse la obligación para el fiduciario de avisar a la entidad contratante, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que conoció que los bienes no resultan suficientes para el pago de las obligaciones garantizadas por

disminución de su precio en términos de valor de mercado, con el fin de que se proceda a su reposición o ampliación, según el caso.

- (iv) *Reposición y ampliación de la garantía.* En el contrato de fiducia debe quedar pactada la obligación a cargo del oferente o contratista de reemplazar o aumentar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al requerimiento del fiduciario los bienes cuyo valor se disminuya por aplicación de las normas de valoración a precios de mercado, o de entregar otros adicionales de las especies y características indicadas.
- (v) *Procedimiento en Caso de Incumplimiento.* Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14 del Decreto, y sin que pueda hacerse más gravosa la actuación de la entidad contratante, en el contrato de fiducia se debe señalar con claridad el procedimiento a surtir en caso de incumplimiento de las obligaciones del oferente o contratista.

En todo caso, cuando exista incumplimiento se pondrá en conocimiento de la sociedad fiduciaria el acto administrativo en firme y esta adelantará los trámites del caso para hacer efectiva la garantía. A la fiduciaria no le será admisible discutir la responsabilidad del contratista.

- (vi) *Obligaciones del Fiduciario.* En el contrato de fiducia se deben estipular claramente las obligaciones del fiduciario, que incluyan el procedimiento para la realización de los bienes transferidos en garantía, el aviso para su renovación o reemplazo por pérdida o deterioro de su valor de mercado cuando sea del caso, así como, la rendición de cuentas

e informes periódicos sobre su gestión.

- (vii) *Rendición de Cuentas.* En el contrato de fiducia se debe estipular la rendición de cuentas a cargo del fiduciario de acuerdo con las reglas legales y reglamentarias relacionadas con la obligación de rendición de cuentas radicada en cabeza del fiduciario a favor no sólo del fideicomitente sino de la entidad beneficiaria.
- (viii) *Liquidación del Negocio Fiduciario.* En el contrato fiduciario en garantía se debe estipular que en la fecha de liquidación del contrato que se garantiza mediante la fiducia, también se podrá solicitar la liquidación del contrato de fiducia mercantil.
- (ix) *Admisibilidad de la Dación en Pago.* En el contrato de fiducia en garantía se pactará que la dación en pago de los bienes fideicomitados sólo procede cuando la entidad estatal así lo autorice, siempre y cuando hubiese transcurrido más de un (1) año sin que se pueda realizar el bien. En ese evento se entenderá que la entidad lo recibe por el valor del cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado efectuado para ese fin, siempre y cuando ese monto cubra –como mínimo– el valor del perjuicio reclamado.

b) Garantías Bancarias a primer requerimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de este decreto, las garantías bancarias a primer requerimiento pueden ser utilizadas como mecanismo de cobertura aceptable por la entidad contratante para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del

ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y de su liquidación.

A través de una garantía bancaria, una institución financiera nacional o extranjera, asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo, independiente e incondicional de pagar directamente a la entidad contratante, a primer requerimiento, hasta el monto garantizado, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por esa entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente o contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara.

Las entidades públicas podrán aceptar el otorgamiento de garantías bancarias a primer requerimiento para garantizar la seriedad de los ofrecimientos y las obligaciones derivadas del contrato y de su liquidación, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:

1. La garantía deberá constar en documento privado en el cual el establecimiento de crédito asuma en forma expresa, autónoma e irrevocable en favor de la entidad pública contratante el compromiso de honrar las obligaciones a cargo del solicitante, en caso de incumplimiento por parte de este.
2. La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos,

se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito.

3. El contratista u oferente deberá acreditar la constitución de la garantía, mediante la entrega del documento contentivo de la misma, suscrito por el representante legal del establecimiento de crédito o por su apoderado y en ella deberá constar: (i) el nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía; (ii) los riesgos garantizados; (iii) la forma de hacer exigible la garantía, en la cual no se podrá imponer a la entidad contratante condiciones más gravosas a las contenidas en este decreto; (iv) el valor de la garantía y, (v) la vigencia de la garantía la cual deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 7° de este decreto, para cada una de las coberturas.

Serán admisibles, las siguientes garantías bancarias a primer requerimiento:

c) El Contrato de Garantía Bancaria.

A través del contrato de garantía bancaria una entidad bancaria emisora, obrando por cuenta y por orden del proponente o contratista, se obliga irrevocablemente con la entidad estatal, en calidad de beneficiaria, a pagarle hasta el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que con ocasión de la propuesta, del contrato o de su liquidación surjan para el proponente o el contratista.

El pago lo efectuará la entidad emisora dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a aquel en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el

que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se disponga el cobro de la garantía.

En los contratos de garantía bancaria que se celebren para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deberán exigir que se incluya una estipulación según la cual, el pago se hará a primera demanda o a primer requerimiento.

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la garantía, mediante la entrega del documento original contentivo del contrato, suscrito por el representante legal del establecimiento bancario o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria y la forma de hacerla exigible.

d) La Carta de Crédito Stand By.

A través de la carta de crédito stand by la entidad emisora, obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones del proponente o contratista, se obliga a garantizar irrevocablemente el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista. Ese pago lo efectuará el banco emisor contra la entrega de la carta de crédito, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o

contratista.

En las cartas de crédito stand by que se expidan para garantizar las obligaciones derivadas de la seriedad de los ofrecimientos hechos por los proponentes, así como de las surgidas de contratos estatales, las entidades públicas beneficiarias deberán exigir que se incluya una estipulación según la cual, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el Código de Comercio para el crédito documentario, y en el presente decreto, las condiciones generales de contratación de esta clase de garantías serán las establecidas en las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

El contratista u oferente deberá acreditar el otorgamiento de la carta de crédito stand by, mediante la entrega del documento original contentivo de la misma, suscrito por el representante legal de la entidad emisora o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre de la entidad pública contratante como beneficiaria de la carta de crédito stand by, los requisitos mínimos de suficiencia exigidos en este decreto y la forma de hacerla exigible.

e) Endoso en Garantía de Títulos Valores.

Será admisible como garantía de la seriedad del ofrecimiento, el endoso en garantía por parte del oferente, de uno o varios de los siguientes títulos valores de contenido crediticio: (i) certificados de depósito a término emitidos por una entidad financiera

sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (ii) pagarés emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; y (iii) títulos de tesorería - Tes.

En todos los casos, el oferente deberá ser el endosatario exclusivo del título valor.

Los títulos valores endosados sólo podrán ser recibidos por el setenta por ciento (70%) de su valor, porcentaje que deberá cubrir –como mínimo– los montos exigidos por la entidad contratante para la garantía de seriedad de la oferta.

La fecha de vencimiento del título valor no podrá ser inferior en ningún caso a los términos establecidos en el artículo 7° de este decreto ni exceder en más de 6 meses esos términos.

Para aprobar esta garantía deberá la entidad pública revisar que el título cumpla con los requisitos de suficiencia generales establecidos en este decreto y con aquellos establecidos en este artículo.

La entidad contratante o un depósito de valores autorizado para funcionar en Colombia, serán los encargados de cumplir la obligación de custodia de los títulos valores de que trata este capítulo.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del oferente la entidad estatal expedirá

el acto administrativo de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del presente decreto y al vencimiento del título lo presentará para el pago a la entidad emisora, la cual procederá a pagarlo. Si el monto del perjuicio fuere inferior al valor del título, la entidad procederá a devolver el excedente al oferente o a quien este determine, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que recibió el pago.

Cuando la fecha de vencimiento de los títulos no coincida con la de exigibilidad de las obligaciones a cargo del oferente, la entidad pública deberá atender las siguientes reglas:

1. En caso de que el incumplimiento de las obligaciones del oferente se produzca en forma anterior al vencimiento del título valor o títulos valores, la entidad pública deberá esperar hasta la fecha de redención del título o títulos.
2. En caso de que el vencimiento del título valor o títulos valores se produzca en fecha anterior a la exigibilidad de la obligación, la entidad pública procederá a redimir el título y a depositar a su nombre el importe en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera. Ese depósito se registrará por las normas establecidas en el artículo 1173 del Código de Comercio para el depósito en garantía hasta que cesen los riesgos a que se encuentra expuesta la entidad en relación con el otorgante de la garantía.
3. Si no se presenta incumplimiento procederá la entidad a devolver al oferente, el título valor o el dinero, según el caso.

En aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio para el endoso en garantía de títulos valores, los títulos entregados en garantía de las obligaciones contraídas por oferentes y contratistas no podrán ser negociados.

f) Depósito de Dinero en Garantía.

Será admisible como garantía el depósito de dinero en garantía de conformidad con lo previsto en el artículo 1173 del Código de Comercio.

Esta garantía será constituida ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera y deberá otorgarse a favor de la entidad contratante, por el monto exigido por esta última, respetando como mínimo los límites establecidos en este decreto.

Para hacer efectiva esta garantía, deberá la entidad proceder conforme a lo previsto en el artículo 14 de este decreto y sólo podrá acceder a los recursos depositados en garantía, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que ordene su efectividad

3.1.7 De la Exención del Otorgamiento de Garantías.

No obstante los lineamiento que se han venido tratando en el desarrollo del capítulo, es

importante resaltar aquellos casos que gozan de tratamiento diferenciado con respecto a la obligatoriedad de otorgar a la entidad contratante correspondiente el mecanismo de cobertura del riesgo.

El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 fue pionero en establecer excepciones al otorgamiento de garantías en algunos casos específicos, pero tras ser derogado las disposiciones en la materia se reglamentaron en el Decreto No.4828 de 2008, que estipula en materia de garantías que estas “no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago”; y que además, la entidad contratante “podrá abstenerse de exigir garantía de seriedad de la oferta para participar en procesos cuyo objeto sea la enajenación de bienes, en procesos de subasta inversa para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como en los concursos de mérito en los que se exige la presentación de una propuesta técnica simplificada”.

Respecto a la excepción del contrato de seguro, la jurisprudencia ha manifestado, en respuesta a demanda de violación al derecho de la igualdad, mediante sentencia C-154/96 que es constitucional por cuanto la finalidad de constituir garantía por los riesgos que se pueden presentar en el desarrollo de un contrato es ofrecer un alto grado de confiabilidad a la entidad contratante en su condición de beneficiario, mediante un respaldo idóneo y seguro *“que resulta antes que todo de la solvencia económica e idoneidad del garante, que son condiciones que no puede ofrecer*

cualquier persona”; teniendo en cuenta que los mencionados tipos de contratos son suscritos con compañías que cuentan con esa solvencia e idoneidad, la Corte sustenta su decisión en las siguientes premisas:

1. El legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar a todos de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual".
2. Se tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación además el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia.
3. No puede admitirse, invocando el principio de igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficiente.
4. Cuando la norma acusada exonera al contratista en el contrato de seguro, de otorgar la garantía única, lo mismo que a los contratistas en los contratos de empréstitos e interadministrativos, tiene en cuenta las condiciones relevantes que presentan los

garantes, ya puestas de manifiesto anteriormente, las cuales no se dan en relación con los contratistas de otros contratos y que llevó al legislador a darles un trato diferencial que es objetivo, razonable y proporcionado.

La inclusión de los contratos cuyo monto este por debajo del 10% de la menor cuantía de la entidad entre las exenciones que nos ocupan fue realizada inicialmente en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, siendo esta de tipo condicional es muy importante que la entidad reglamente su posición al respecto sobre todo teniendo en cuenta que en la mayoría de estas, una gran cantidad de los contratos de prestación de servicios celebrados cada año encajan en esta clasificación.

Sin embargo, pese a la exención del otorgamiento de mecanismo de cobertura del riesgo en los casos mencionados, las entidades cuentan con la cláusula de indemnidad como un mecanismo de protección en caso de ocurrencia de algún evento desfavorable, ésta dispone que *“Las entidades estatales deberán incluir en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, salvo que justifiquen en los estudios y documentos previos, que atendiendo el objeto y las obligaciones contenidas en cada contrato y las circunstancias en que éste deberá ejecutarse, no se requiere la inclusión de dicha cláusula”*

Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad sobre la aplicación o no de la exención de

otorgamiento de garantía en los casos condicionales recae directamente sobre el funcionario público facultado para analizar las condiciones particulares de cada contrato con relación a la naturaleza del objeto del mismo y a la forma de pago definida, y emitir el acto administrativo correspondiente; cabe recordar, que del buen criterio con que se lleve a cabo esta gestión depende que en el futuro, y ante la eventual ocurrencia de un siniestro, la entidad contratante no se vea obligada a incurrir en gastos injustificados.

Constituyen excepción, además de lo aquí consignado, y conforme al artículo 74 del Decreto No.2474 de 2008, los casos en que se trate de propuestas técnicas simplificadas pues podrá la entidad estatal contratante abstenerse de solicitar al particular la garantía de seriedad del ofrecimiento; no obstante, la materialización del riesgo, consistente en no sostener lo ofrecido en la propuesta, conllevará a aplicar las sanciones o inhabilidades definidas en la Ley 80 de 1993.

3.1.8 De la Subrogación, Cesión y Prescripción de la Acción.

Partiendo del precepto definido en el artículo 1088 del Código de Comercio, es claro que la función de las garantías es indemnizar al asegurado por los perjuicios que pueda sufrir en su patrimonio por la eventual materialización de los riesgos amparados a través del contrato de seguro, o los demás mecanismos de cobertura del riesgo definidos por el derecho público, sin poder éste constituir fuente de enriquecimiento al afectado; es por esto, que se tasa el valor a indemnizar de acuerdo a los perjuicios sufridos por el tercero.

No obstante lo anterior, es claro que en la gran mayoría de casos los eventos adversos que derivan en perjuicios a un patrimonio tienen uno o varios responsables claramente identificables, por lo que se hace necesario acudir a la figura de la subrogación y la cesión de derechos para evitar que se presente por un lado una eventual doble indemnización al asegurado, y por el otro una inmunidad para quien ha causado un daño; mediante ambas figuras adquiere el asegurador de parte del asegurado el derecho a proceder en contra del tercero responsable del perjuicio, pero en su manejo son mecanismos muy diferentes, tal como se puede ver a continuación.

Igualmente, las acciones relacionadas con la notificación de ocurrencia de un siniestro y demás procedimientos que ellos conlleva, tienen un plazo de prescripción definido, puesto que el asegurado debe tener presente los términos de que dispone a fin de evitar que los derechos de indemnización adquiridos con la garantía no prescriban y pierda el derecho a dicha compensación.

3.1.8.1 Subrogación.

Citando lo expresado por la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua Española, la subrogación se refiere a la acción y efecto de *subrogar*, que a su vez se refiere a sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, esto en los términos mas generales de la materia. No obstante, a la luz del Código de Comercio (artículo 1096) la acción de subrogar se relaciona con el hecho de que “el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del

asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado...”, se refiere lo anterior a que, el pago de la indemnización por parte del asegurador al beneficiario confiere derecho al primero para subrogarlo con respecto a las responsabilidades de quienes tengan alguna responsabilidad en la ocurrencia del siniestro correspondiente.

Se define además en la misma norma, que debe el asegurado colaborar solidariamente con el asegurador en los efectos de ejercer los derechos adquiridos con la respectiva subrogación so pena de las sanciones estipuladas (art. 1098); así mismo, se determina a través del artículo 1099 lo siguiente:

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.

Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

El doctor EFREÉN OSSA fundamenta la necesidad de la subrogación en procura del orden jurídico con los siguientes dos preceptos; el primero con relación al asegurado, a fin de evitar

que éste obtenga una doble indemnización por los perjuicios acaecidos, por parte del asegurador y por parte del tercero responsable del siniestro, incurriendo en gran falta por cuanto el seguro debe ser fuente de provecho económico; el segundo precepto está relacionado con el tercero responsable del siniestro, por cuanto este pese a la existencia del seguro deberá asumir las sanciones civiles derivadas del hecho ilícito. No obstante lo anterior, vale la pena agregar que igualmente representa esto beneficio propio para el asegurador, puesto que con la subrogación, este podrá en los casos que sea factible, recuperar para sus arcas el valor de los perjuicios ocasionados por el tercero que debió en primera instancia pagar al beneficiario, debe al respecto recordarse que estará limitado el valor a recuperar con la subrogación al mismo del importe de la indemnización, pero podrá el asegurado obtener por parte del tercero responsable del siniestro el excedente entre lo indemnizado por el asegurador y el valor real de los perjuicios sufridos; es éste el derecho de las cosas, más no podemos asegurar que funcione de tal forma por inexactitud en lo definido en la ley sobre el particular, y dadas algunas prácticas abusivas por parte de las compañías aseguradoras, en muchas ocasiones no se realiza la debida retribución de dicho excedente al asegurado.

La subrogación, se da de igual forma en la contratación con recursos del Estado, dado el caso en que los hechos u omisiones de un contratista den lugar a la ocurrencia de siniestro alguno, agotados los recursos anteriores, la entidad contratante realizará solicitud de indemnización al asegurador y éste a su vez adquirirá con el pago de la misma los derechos para requerir al respectivo contratista por la responsabilidad en la ocurrencia de dicho perjuicio al patrimonio público. No obstante, debe establecerse un eficaz canal de comunicación entre los tres actores para evitar que se presenten casos en que simultáneamente se realice el pago de la

indemnización por parte del asegurador y se lleven a cabo finalmente las reparaciones a los daños por parte del contratista.

3.1.8.2 Cesión del Contrato de Seguros.

La cesión de créditos o de derechos es una práctica que genera bastantes opiniones por cuenta de la claridad legal de tal acción, y pese a ser una actividad derivada de la subrogación no funciona de la misma manera dado que a diferencia de ésta, la cesión es de carácter solemne y deberá contar con aprobación motivada por la voluntad del asegurado.

El doctor LÓPEZ BLANCO define en una frase lo que constituye diferencia fundamental entre la subrogación y la cesión, así:

(...) Cuando un asegurador paga la indemnización a que está obligado para cumplir la prestación a su cargo originada en el contrato de seguros, no puede existir en lo que ese pago cubre, cesión de derechos, debido a que por ministerio de la ley al cancelar operó la subrogación y, por ende mal podía realizar cesión de esos derechos el asegurado o beneficiario; cuestión diversa sucede cuando se realiza la cesión antes de cualquier pago por cuenta del seguro, o en adición a lo cubierto por él respecto de los perjuicios no indemnizados, donde al estructurarse el fenómeno de la cesión de derechos le transmite al asegurador en su calidad de cesionario el derecho a cobrar íntegramente los perjuicios que se ocasionaron y es ajeno al debate probatorio lo atinente a la existencia del contrato de seguro (...).

Además de lo anterior, goza de un gran beneficio la cesión de derechos y es la inexistencia de limitación alguna en los montos de los derechos, pues puede ésta hacer cobros por los valores que determine autónomamente y sin perjuicio del deber de retribuir en algo al asegurado con relación a este, como es el deber ser de la subrogación.

El Decreto No.4828 de 2008, define en el numeral cuarto de su artículo 15, con relación a las condiciones mínimas de la póliza de cumplimiento a favor de la entidad estatal contratante, que deberá incluirse como condición el hecho de que el contratista deberá aceptar la cesión del contrato al asegurador en el caso de ocurrencia del siniestro de incumplimiento por parte del primero, sí el segundo resolviera continuar con la ejecución del respectivo contrato y contará para ello con la aprobación de la entidad contratante en su calidad de asegurado, la cual por ende deberá solicitar al asegurador una nueva póliza que garantice en cumplimiento del contrato asumido.

3.1.8.3 Prescripción.

Volviendo a las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, encontramos que se define la prescripción como la acción de prescribir, que a su vez puede entenderse como la facultad que tiene un derecho, una acción o una responsabilidad de extinguirse; una definición muy acertada a las garantías si tenemos en cuenta que la prescripción extingue el derecho del asegurador a ser indemnizado y a su vez la responsabilidad del asegurador de hacer el pago de la indemnización correspondiente.

En términos legales, es el Código de Comercio en su artículo 1081 el encargado de dictar lineamientos con respecto a la prescripción de la acción en lo relativo al contrato mercantil de seguro, así:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Esta distinción entre prescripción ordinaria y extraordinaria se define con el fin de hacer una diferencia entre el momento en que sucede el evento adverso que dará lugar a un perjuicio y posteriormente a una indemnización y el momento en que el asegurado o beneficiario tengan conocimiento de la ocurrencia de tal evento, pues es claro que en muchas circunstancias estos dos momentos no están cerca en el tiempo; dado esto, en lo relativo a la gestión contractual de una entidad pública, una vez mediante los mecanismos definidos en la ley se conoce de la ocurrencia de un siniestro, la notificación correspondiente al asegurador debe hacerse dentro de los siguientes dos (2) años.

Con relación a lo anterior, y teniendo en cuenta el plazo que tiene una entidad estatal en su papel de asegurado para solicitar la indemnización en caso de siniestro, es importante que se definan oportunamente las políticas y procedimiento a través de los cuales se llevarán a cabo estas notificaciones, a conciencia de que al dejar prescribir una acción de este tipo se incurrirá en daño al patrimonio público.

En cuanto a las garantías, se encuentran contenidas en el contrato de seguros suscrito entre el contratista estatal y una compañía aseguradora vigilada por la Superintendencia Bancaria, cuyo objeto es el de amparar el contrato estatal, conforme al decreto 679 de 1994. El tomador del seguro es el contratista y el beneficiario es el Estado contratista. Las garantías son *irrevocables*, en cuanto una vez prestadas no pueden revocarse, aún si no se ha cancelado la prima respectiva; es proporcional, porque el valor que se fije en los pliegos de condiciones y términos de referencia debe corresponder a los riesgos que se corren; es *extracontractual*, porque no existe vínculo contractual entre el Estado contratante-beneficiario y la aseguradora; son *obligatorias*, porque no podemos sustraernos de ellas; así mismo las garantías sirven para valorar de manera anticipada los perjuicios que eventualmente sufra el Estado como consecuencia del incumplimiento del contratista; y por último es el aval para el pago de los posibles daños.

La garantía provisional es la de seriedad de la oferta, y su propósito es el de asegurar que el adjudicatario suscribirá el contrato, lo legalizará y prestará las garantías definitivas. El artículo 16 del Decreto No.679 dispone que esta no será inferior al 10% del valor de la propuesta, devolviéndosele a los oferentes no favorecidos, y al adjudicatario una vez ofrezca la garantía definitiva.

La garantía definitiva por su parte tiene como fin asegurar el cumplimiento del contrato, y las responsabilidades frente a terceros. El artículo 16 del decreto 679 de 1994, señala que su objeto es respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo de los contratistas, incluidos los perjuicios, la cláusula penal sustituta o parcial y las multas. La garantía no se exige en los contratos de empréstito, en los inter-administrativos, de seguros, contratos de mínima cuantía que no requieran de formalidades plenas como los celebrados de conformidad con el artículo 39 del ECE, y el párrafo del artículo 8 del Decreto No.855 de 1994.

La garantía única definitiva de cumplimiento cubre: Amparo del anticipo, que no puede ser inferior al monto que el contratista recibe a título de anticipo, conforme al artículo 17 del decreto 679 de 1994; Amparo de cumplimiento del contrato y cubre la inejecución, o ejecución defectuosa del contrato y comprende el pago anticipado, cubriendo el 10% del valor del mismo, pero si hay pago anticipado esta debe cubrir el 100% de este. Así mismo, comprende las multas y la cláusula penal pecuniaria y ampara el buen funcionamiento de equipos y suministros, repuestos, accesorios, mantenimiento.

El amparo de pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones sociales, no puede ser inferior al 15% del valor total del contrato y se constituirá por el término de tres años, en razón en que es el término de prescripción de la acción laboral ordinaria. El amparo de estabilidad de la obra, solamente aplica a los contratos de obra pública y el fin es el de proteger a la entidad estatal contra el deterioro de la obra, imperfecciones imputables al contratista; el valor del amparo lo determina cada entidad en los pliegos de condiciones y términos de referencia y en el

mismo contrato, pero conforme al artículo 17 del decreto 679 de 1994 su vigencia no puede ser inferior a cinco años ni superior a diez años.

El amparo de calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de equipos, procede en los contratos de compra venta, prestación de servicios y obra pública, su vigencia y cuantía la determina la entidad de acuerdo a la naturaleza de cada contrato a proteger; así como el amparo de responsabilidad civil, que tiene por finalidad cubrir los valores que deben pagarse a terceros por siniestros que ocurran en la ejecución del contrato, y procede en los contratos de obra y en los demás que considere la entidad.

La garantía definitiva única, debe permanecer vigente durante toda la ejecución del contrato, y se devuelve cuando haya cesión del contrato, cuando se liquide el contrato siempre que no queden obligaciones pendientes del contratista, por el vencimiento del plazo de las garantías de estabilidad de las obras y de salarios y prestaciones. Si el agente estatal teniendo el deber de exigir las garantías en los casos en donde son obligatorias, no lo hace, o porque las aprueba en cuantía, vigencia y rubro inferior y diferente a la prevista en la ley; y en los pliegos o términos de referencia, o porque exigiéndolas y aprobándolas conforme a la ley no las hace efectiva, incurre en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, por haber actuado en detrimento del patrimonio público o habiéndolo puesto en peligro, pero desde luego la puesta en peligro debe demostrarse objetivamente, de tal manera que se afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Por último, es importante señalar que la administración para efectos de hacer efectiva la

garantía y la cláusula penal pecuniaria, puede declarar el siniestro mediante acto administrativo debidamente motivado, por haberse presentado el incumplimiento amparado en la póliza, el cual se debe notificar tanto al contratista incumplido como al garante para que ejerzan su derecho de defensa y puedan controvertir el acto a través del recurso de reposición que es el único que procede en vía gubernativa contractual, salvo los actos administrativos que expidan las Cámaras de Comercio con relación al registro de proponentes cuyo recurso de apelación procede ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

3.1.8.4.- Procedimiento administrativo de aplicación de garantía, y expedición del correspondiente acto administrativo.

Una vez ocurra el siniestro, es necesario que la administración pública de conformidad con las estipulaciones contractuales, proceda a hacer efectiva las garantías mediante acto administrativo previo agotamiento del procedimiento previsto en el mismo contrato, o a falta de este se aplicará el procedimiento administrativo contenido en el libro primero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El acto administrativo tiene la verdadera naturaleza de declarativo del siniestro y no constitutivo, en la medida en que la ocurrencia de los hechos u omisiones que constituyen el siniestro son previos a su declaración, y bien podría la administración proceder a demandarlos directamente ante el juez sin necesidad de declaración mediante acto administrativo.

Luego si la administración decide adelantar el procedimiento administrativo, cuya culminación

puede ser la declaración del siniestro, implica que el acto administrativo es declarativo de lo que ya ocurrió y no constitutivo, pues éste existe previamente, salvo el evento previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que señala que el acto administrativo de declaración de caducidad es constitutivo del siniestro y no declarativo. Así será por expresa disposición legal, puesto que el siniestro que da lugar a la caducidad para que sea tenido como tal debe ser decretado mediante acto administrativo lo que se constituye en el presupuesto constitutivo para afectar la garantía de cumplimiento.

El procedimiento administrativo, debe garantizar el derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 constitucional, así como en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y el procedimiento previsto en el contrato, en armonía con lo señalado en los manuales internos de procedimientos de contratación y de interventoría, y los vacíos deben ser llenados con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Es así como la entidad debe notificar la apertura del procedimiento al contratista, al garante, al interventor, y proceder a decretar las pruebas pertinentes, procedentes y útiles, y garantizar el derecho de audiencia al contratista y al garante, y escuchar además de manera previa al decisión definitiva, el concepto técnico del interventor. La decisión tomada mediante acto administrativo notificado al contratista y al garante, debe advertir que contra esa decisión procede el recurso de reposición, que deberá ser resuelto en el término máximo de dos meses, conforme al Código Contencioso Administrativo.

3.2 Cláusula de multas contractuales.

Las multas son cláusulas del derecho común que las partes en el contrato estatal convienen pactar o no, y es por ello que se denominan facultativas. En el evento en que las pacten, tienen la finalidad de conminar al contratista incumplido a que se someta al plazo del contrato dentro del plazo previsto en el contrato estatal. Las multas una vez la administración detecte el incumplimiento, debe imponerse mediante acto administrativo motivado –contra el cual procede el recurso de reposición, donde quede constancia de las razones y alcances del incumplimiento, pues son una expresión del derecho administrativo en el contrato estatal que surge del principio de legalidad que lo autoriza.

El alcance, valor y periodicidad debe ser pactada por las partes en el contrato y su aplicación procede dentro del plazo del contrato por incumplimiento parcial del mismo, y sólo debe imponerse con la garantía del debido proceso, esto es, previa audiencia del afectado, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Las multas únicamente se pactan en los contratos de tracto sucesivo y no en los contratos de ejecución instantánea ya que estos se cumplen en un solo acto. Sin embargo, los procedimientos de imposición de multas se inician por incumplimiento parcial en el cronograma de ejecución del objeto contractual, no por incumplimiento total, de allí que la caducidad del contrato puede ser consecuencia de la imposición de una o varias multas, o estar precedida del uno o varios procedimientos de multas que fueron dados por terminados por las causales previstas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 o en el mismo contrato, y puede ser que la causa que da lugar a la caducidad del contrato sea distinta a los incumplimiento parciales que dieron lugar a las multas impuestas o al inicio del procedimiento de multa que fue dado por terminado por causas legales o

contractuales. De allí, que es posible que sin que se haya impuesto una sola multa, o iniciado procedimiento alguno de multa, es posible que se declare la caducidad de un contrato estatal.

Las multas, según la regulación en las estipulaciones del contrato pueden ser pactadas como sumas fijas o sucesivas. Esto es que demostrado el incumplimiento, se imponga un valor establecido en el contrato que no puede ser superior al 10% del valor total del contrato. Si se imponen varias multas, la sumatoria de todas ellas, no pueden superar el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, y ésta por disposición de la normatividad civil no puede ser superior al 10% del valor del contrato.

Las multas sucesivas, son aquellas que se pactan estableciendo una suma por cada día de incumplimiento, lo que indica que cuando se expide el acto administrativo, este suma los días de incumplimiento por el valor diario de la multa y establece un valor, pero el valor final de la multa no se sabe cuanto es, en cuanto, la administración contratante una vez se expida el acto administrativo deberá liquidarlo sumando el valor señalado en el acto administrativo mas el valor de los días en que permaneció el en incumplimiento el contratista luego de que se expidiera el mencionado acto administrativo.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, queda claro que la administración en el evento en que se haya pactado por las partes la imposición de multas como consecuencia de los incumplimientos de las obligaciones adquiridas a plazo en el contrato, tiene la competencia para imponer la correspondiente multa mediante acto administrativo motivado, previa garantía del derecho al debido proceso constitucional, que comprende el derecho de

defensa ya sea material o técnico, derecho al contradictorio, derecho de audiencia. Contra el acto administrativo motivado que impone la multa, procede el recurso de reposición en vía gubernativa.

Debe tenerse en cuenta que las causales de multa, y los presupuestos para el inicio del correspondiente procedimiento de imposición de multa, están pactados en el mismo contrato, ya que este puede establecer quien promueve o inicia el procedimiento de multa, que puede ser la administración y/o el interventor, así mismo el procedimiento de imposición de multas puede ser contractual, esto es, que esté previsto en el contrato, pero a falta de ello al procedimiento de multa le es aplicable los procedimientos regulados en los manuales de contratación y/o interventoría de la entidad pública contratista.

De otra parte, obsérvese que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las multas tienen el doble carácter, de un lado de ser potestativas de la administración, esto es que aún presentándose el incumplimiento del contrato y la causal de multa, la administración por razones de conveniencia para la administración, puede válidamente abstenerse de imponerla, siempre que la contraprestación a ello sea el haber encontrado o implementado acciones que le permitan sujetarse el contratista al plazo o cronograma del contrato inicialmente previsto.

Así mismo, las multas tienen un carácter conminatorio y no sancionatorio como en el pasado. A título conminatorio, indica que el contratista puede imponer la multa dentro del plazo del contrato y solo si el contratista incumplido está en posibilidades de cumplir, esto es que si el

contrato se terminó por vencimiento del plazo, no se puede imponer multas conminatorias, y el procedimiento debe darse por terminado ante la imposibilidad de cumplir. A diferencia del pasado, cuando bastaba el incumplimiento para que la administración impusiera la multa, así el contratista al momento de la imposición de la multa haya cumplido.

Por ello, cuando la administración aprueba la cesión de un contrato estatal, que le presente el contratista inicial cedente y el contratista cesionario, téngase en cuenta que los procedimientos de multas que se encuentra en tránsito si para la fecha de tomar la decisión ya se realizó la cesión, la administración debe proceder a dar por terminado el procedimiento de multa ante la imposibilidad de continuar con su trámite o de imponerla en cuanto al contratista cedente no se le puede imponer la multa porque no es el contratista incumplido, y al cedente tampoco se le puede imponer en cuanto no está en posibilidad de cumplir, puesto que las obligaciones de ejecución del contrato para ese momento radican en cabeza del cesionario.

No es dable señalar, que la cesión purga la mora, y que esa sea la causa para no imponer la multa. Lo que ocurre es que la multa no procede por la imposibilidad legal de imponerla, en cuanto la finalidad que persigue no puede ser conminatoria si para el momento en que debe decidirse sobre su imposición el plazo del contrato terminó o este fue cedido, quedando sólo la posibilidad de declarar el incumplimiento administrativo del contrato con fines de aplicación de penal pecuniaria, o hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato, con la finalidad de que se le indemnicen los perjuicios que recibió y soportó la administración como consecuencia del incumplimiento del contratista.

Una vez ejecutoriado el acto administrativo que impone la multa, la Entidad pública podrá descontar de las sumas que tiene la entidad a favor del contratista el valor correspondiente. Si no fuere posible, podrá iniciar el proceso contencioso administrativo ante el juez del contrato para hacer efectivo el cobro de la multa, teniendo en cuenta además que la entidad puede hacer efectiva las garantías que cubre el pago de multa y demás sanciones e indemnizaciones de carácter pecuniario.

3.3 Cláusula penal pecuniaria contractual.

La cláusula penal pecuniaria como las multas tienen su origen en el derecho privado y son propias del tráfico jurídico de los particulares, como lo dispone el artículo 1592 del Código Civil colombiano. El Estado está habilitado para pactarlas de manera facultativa con sus contratistas particulares con el mismo alcance con que lo hace los particulares en derecho privado, con la diferencia que en el escenario del derecho público de los contratos estatales puede hacerse exigible mediante acto administrativo.

La cláusula penal pecuniaria tiene por objeto garantizar el resarcimiento de los perjuicios que se causen a la administración ante el incumplimiento, en donde se exonera al acreedor de probar su ocurrencia, el monto: y de otra parte, al contratante estatal se faculta para sancionar al moroso con una suma de dinero. La cláusula penal pecuniaria se puede pactar a título de pena, evento en el cual una vez presentado el incumplimiento, la administración contratante puede hacerla efectiva sin tener que tasar el monto de los perjuicios; pero si se pacta a título de

valoración anticipada de perjuicios y estos son mayores la administración la hace efectiva y puede recuperar el excedente por los otros medios ordinarios disponibles.

Si se presenta el incumplimiento y como consecuencia de ello la administración no la hace efectiva, o no inicia el proceso ejecutivo, en el caso que se haya respaldado con título ejecutivo con carta de instrucción, el agente estatal habrá incurrido en falta disciplinaria gravísima conforme al artículo 48, num. 31 del CDU.

La declaración de incumplimiento administrativo del contrato por parte de la administración contratante, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 29 constitucional, debe garantizar el debido proceso, el derecho de audiencia, de defensa y el contradictorio tanto al contratista, como a la aseguradora, debiendo citarse igualmente al interventor del contrato para que emita el concepto técnico previo al fallo, ya que quien tienen el deber y la obligación de seguimiento al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, es quien puede acreditar el incumplimiento del contratista contra quien se inició el procedimiento de declaración administrativa de incumplimiento del contrato con fines de penal pecuniaria.

Probado el incumplimiento del contrato, por causa distinta a las previstas como causal para la imposición de multas, se hace efectiva la penal pecuniaria en el porcentaje descrito en las estipulaciones del contrato, con la finalidad de resarcir los perjuicios causados con el incumplimiento, para lo cual se ordenará hacer efectiva la garantía en el mismo acto

administrativo que así lo declare.

El acto administrativo que haga efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez ejecutoriado da lugar a que la administración contratante descuente su valor de las sumas que tiene del contratista a su favor, así como también podrá hacerla efectiva mediante la aplicación de la garantía correspondiente, y también por vía contencioso-administrativa.

4. Atribuciones excepcionales del Estado contratante.

Existen tres eventos en que la administración contratante, asume una posición excepcional y ventajosa frente al administrado contratista, es decir, es una actuación extraordinaria en tanto el ordenamiento jurídico concede estas facultades de manera subsidiaria, es decir en defecto de la ocurrencia o realización de otra actuación. La primera de ellas es la atribución excepcional de la liquidación del contrato, a la que nos referiremos en el capítulo cuarto por ser una facultad que adquiere la administración contratante en la etapa poscontractual o de liquidación del contrato. Decimos que es excepcional y subsidiaria, porque sólo procede en el evento en que el contratista no concurra dentro del término previsto en los pliegos de condiciones, los términos de referencia o el mismo contrato a liquidar de mutuo acuerdo el negocio jurídico.

La segunda atribución excepcional, es la autotutela declarativa, es decir, que teniendo la administración la facultad de demandar ante el contencioso administrativo la nulidad absoluta del contrato porque se dan las causales previstas en el artículo 44 del ECE, hace uso de la atribución excepcional que le concede el artículo 45 Ibídem para darlo por terminado; y por

último, la tercera que consiste en que la PGN que no es sujeto contractual en virtud de lo dispuesto en el artículo 160 del CDU, puede excepcionalmente solicitar la suspensión de los actos, actuaciones administrativas y la ejecución de los contratos estatales para que cesen sus efectos y se eviten perjuicios, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público.

4.1 Terminación Unilateral del contrato por parte de la administración contratante en los casos de Nulidad Absoluta: Auto-tutela Declarativa.

El artículo 45 del ECE, dispone que la nulidad absoluta podría ser alegada por las partes, por el Agente del Ministerio Público y por cualquier persona, o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. Señala además que en los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 del ECE, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Estas causales previstas en el artículo 44 Ibídem son las siguientes:

- a) **Cuando el contrato se celebre estando incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución o en Ley.** En este caso la existencia del impedimento puede ser previo la suscripción del contrato o sobreviniente, pero en todo caso si no es consecuencia de una actuación dolosa o culposa del contratista se

puede ceder el contrato; pero se si demuestra el dolo o la culpa gravísima o grave, habrá lugar a la declaración de terminación unilateral del contrato estatal, sin perjuicio de las acciones disciplinarias y penales a que haya lugar, so pena de incurrir el agente estatal contratante en conducta omisiva que da lugar a falta disciplinaria gravísima conforme al artículo 48, núm. 30 y 31 del CDU.

Podemos afirmar que cuando la administración observe que suscribió contrato con un sujeto contractual, que al momento de celebrar el contrato estatal estaba incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad, la administración pública una vez obtenida la prueba y previo procedimiento administrativo que garantice el debido proceso en especial el derecho de audiencia, deberá proceder a declarar la terminación unilateral del contrato, mediante acto administrativo motivado, contra el cual solo procede el recurso de reposición.

Si la inhabilidad o incompatibilidad es de aquellas que está sometida a registro, basta con el certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación donde se acredita la inhabilidad general para ejercer cargo público, consecuencia de una destitución o suspensión disciplinaria con inhabilidad especial, o la sanción penal o fiscal. Pero si es de aquellas como el parentesco que no está sometida a registro, se prueba con el documento idóneo el cual es el registro civil de nacimiento para el caso que nos ocupa.

- b) **Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional y legal**, como en aquellos casos en donde se contrata con violación a los requisitos legales esenciales, tales como objeto y causa ilícita, vicios del consentimiento etc.. Se presenta cuando la administración pública contratante, una vez suscrito el contrato observa que no podía celebrarse porque tenía una prohibición constitucional y legal, tal como en el caso del contrato de comodato, en donde se dispone que el plazo del contrato no puede ser superior a diez.
- c) **Cuando la jurisdicción contencioso administrativo ha declarado nulo los actos administrativos en que se fundamenten**. En este caso, la administración contratante tiene el deber de dar por terminado el contrato estatal, so pena de incurrir en las faltas disciplinarias gravísimas por infracción al deber contenido en los numerales 30 y 31 del artículo 38 del CDU, pues es evidente la ilegalidad del acuerdo de voluntades.

4.2 Atribución Excepcional de la Procuraduría General de la Nación de Solicitar la Suspensión de Actos, Actuaciones Administrativas y el Contrato Estatal.

Una vez se expidió el CDU, los especialistas en derecho disciplinario con preocupación comenzaron a estudiar el alcance del artículo 160 Ibídem que originariamente disponía: *“Artículo 160. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo,*

actos, contratos o su ejecución para que cesen sus efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial y el Personero Distrital". Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable mediante Sentencia C-037 de 2003.

La norma fue demandada ante la Corte Constitucional, argumentando el actor que vulneraba el principio superior de buena fe, en tanto facultaba al Ministerio Público para que bajo consideraciones subjetivas solicitará la suspensión de procedimiento administrativos, actos o ejecución de los contratos estatales; así como también infringe el derecho fundamental al debido proceso, ya que sin proceso previo y con fundamento en presunciones se podía tomar la medida, a mas de considerar que tales facultades usurpaban la facultad de los jueces administrativos de suspender los efectos de los actos administrativos. Contrario a quienes pensaban que la PGN y la Personería de Bogotá tenían la facultad excepcional de ordenar la suspensión de los procedimientos administrativos, actos y ejecución de los contratos estatales, La Corte Constitucional si bien declaró la exequibilidad pura y simple de la norma, en la parte considerativa precisó el alcance de la misma, al señalar que el PGN y los PM con fundamento en la norma cuestionada no tiene la facultad de ordenar la suspensión, si no que por el contrario, como se desprende del tenor literal de la norma lo que le atribuye a esta autoridad pública es la potestad de solicitar la suspensión, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Como quiera que el artículo 160 del CDU, está ubicado dentro del Título IX-Proceso ordinario-, necesariamente se exige que el órgano de control disciplinario esté adelantando

un proceso disciplinario que se encuentre como mínimo en la etapa de investigación disciplinaria, excluyendo la indagación preliminar, ya que en la etapa de investigación es donde se encuentra individualizado los eventuales autores, se ha establecido la tipicidad disciplinaria de la conducta, y al menos sumariamente se encuentra probada la conducta y a partir de allí se pueden analizar los efectos del procedimiento administrativo, del acto o de la ejecución del contrato;

- b) No es una medida cautelar, en tanto esta contiene una orden y no una solicitud para que la resuelva la autoridad administrativa destinataria, y por el contrario es una solicitud en desarrollo de las funciones preventivas que tiene la PGN y las PM;
- c) La solicitud debe ser motivada, fundándola en cuáles son los motivos y causas objetivas evidentes que le permiten inferir que se causará perjuicios al patrimonio público o al ordenamiento jurídico, así como también se debe señalar en qué consiste la infracción manifiesta al ordenamiento jurídico y la defraudación al patrimonio público, debe especificar cuál es el procedimiento administrativo, acto o ejecución del contrato que se debe suspender para que cesen sus efectos, y debe precisar el alcance de las evidencias en que se soporta para solicitar la aplicación de la medida: Una vez recibida la solicitud por parte de sus destinatarios, es decir, por las autoridades administrativas que adelantan el procedimiento administrativo, que produjeron el acto o que suscribieron el contrato, la administración mediante acto administrativo debidamente motivado debe resolver la petición de la PGN o de la PM;
- d) El competente, es decir la autoridad a la que va dirigida la solicitud de aplicación de la

medida de suspensión, debe valorar las razones en que se funda, y si la acoge debe hacerlo mediante acto motivado en la que expresa las razones en la que se funda para tomarla, señalando cuáles son los efectos que se ordena cesar; pero si el titular de la función administrativa toma la decisión de no acoger dicha solicitud debe denegarla mediante acto administrativo motivado en la que expresa las razones por las cuales no aplica la medida preventiva de suspensión del procedimiento, acto o ejecución del contrato estatal, ya que dicha solicitud no tiene efectos vinculantes al ser una decisión autónoma que toma el destinatario de la solicitud de la PGN y de la personerías distritales o municipales.

En mi sentir, de conformidad con el artículo 238 constitucional y el artículo 152 del CCA, el juez administrativo puede ordenar la suspensión de los actos administrativos en el auto admisorio de la demanda de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, mas no de los procedimientos ni de los contratos estatales, mientras toma una decisión en sentencia definitiva, ya que la decisión judicial es una orden que de manera transitoria permite que cesen los efectos del acto administrativo; mientras que la solicitud de suspensión a la que hacemos referencia comprende los procedimientos administrativos, actos y ejecución de los contratos, pero no es una orden, sino una mera solicitud que debe definir el destinatario de la misma.

Es importante señalar, que el servidor público o el particular destinatario de la solicitud del órgano de control al momento de tomar la decisión puede actuar bajo coacción psicológica, tal vez motivado por el hecho de que si no resuelve de manera favorable la solicitud que le formula su juez natural disciplinario, este en un momento dado podría disciplinarlo si en el futuro el no haber tomado la decisión da lugar a la configuración de una falta disciplinaria.

Si bien, el destinatario no está obligado a tomar la decisión, no es menos cierto que el juez disciplinario al juzgarlo podría atribuirle la conducta a título de dolo porque los efectos de la actuación administrativa, del acto o de la ejecución del contrato dieron lugar a la configuración de una falta, que al ser advertido de manera previa lo ubica bajo la categoría jurídica de la culpabilidad que conocemos como “*actuar a sabiendas*”, es decir, la prueba del dolo. Como quiera que la autoridad que solicita la aplicación de la medida, es la misma que juzga la conducta que se produzca como consecuencia de los efectos que el ente destinatario se abstuvo de cesar, en la práctica esta coacción psicológica puede llegar al punto que algún destinatario de la solicitud prefiera tomar la decisión, a enfrentar a quien actúa en doble condición, de una parte como un petionario y de otra como su juez natural. Por ello estimo, que tanto el juez disciplinario como el destinatario de la petición, deben responder, el primero por formular la solicitud, y el segundo por tomar la decisión en el evento en que esta atente contra derecho y garantías de los justiciables. Por último, observamos que la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “*Distrital de Bogotá*” y “*Distrital*” contenidas en el artículo 160 del CDU, en tanto sólo facultaba a la Personería de Bogotá para formular la solicitud, pero el alto Tribunal Constitucional estimó que no existía justificación alguna para semejante discriminación, y al declarar inexecutable estas expresiones la facultad se extiende a todas las personerías distritales y municipales del país.

4.1. Procedimiento administrativo y facultades de la administración para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Las entidades públicas contratantes establecidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, conforme al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, podrán declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado, cuantificando los perjuicios del mismo, así como también imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato estatal, y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y para tal efecto se se observará el siguiente:

“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento, contra la decisión así proferida sólo procede recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que se estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

5. La ecuación contractual y restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, dispone en relación a la Ecuación contractual que *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trata”.

La ruptura de la ecuación económica del contrato se presenta entonces, por causas imputables a la administración contratante o administración en general o hecho del príncipe, por causas imputables al particular contratista, y por la teoría de la imprevisión.

Lo anterior indica, que la Ecuación Económica del Contrato, debe mantenerse en las condiciones inicialmente pactadas en el contrato, partiendo desde el mismo momento en que se

presenta la oferta o se contrata en los casos de contratación directa, y debe continuar así durante la ejecución del contrato. Si durante la ejecución del contrato se rompe ese equilibrio, este debe restablecerse, teniendo en cuenta que las causas de su ruptura no sea por causas imputables a quien resulte afectado, ya sea porque quien dio lugar a ellas debe restablecer a quien la sufre, o porque sin importar la fuente del desequilibrio, quien lo sufre debe soportarlo de acuerdo a la matriz de asignación y distribución de riesgos previsibles del contrato.

Lo anterior nos muestra la ruptura de la ecuación del contrato estatal, y el deber de restablecerlo o no en los siguientes escenarios:

a.- Por causas imputables a la administración contratante, denominado hecho de la administración relacionada directamente con el contrato. En este caso, si lo que da lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato es la interpretación o modificación unilateral del contrato estatal. Este restablecimiento del equilibrio económico del contrato es obligatorio con cargo a la Entidad pública contratante, ya que éstas obligaciones no estaban a cargo del contratista particular en el contrato inicial, siempre que este riesgo no sea asumido dentro de las estipulaciones contractuales como riesgos previsibles ordinarios a cargo del contratista particular. Si la administración restablece el equilibrio económico del contrato, por causas sobrevinientes al contrato por riesgos previsibles asumidos por el contratista, será un daño patrimonial al estado y se configura una falta disciplinaria gravísima.

b.- Por causas imputables al contratista particular. En este evento, no hay lugar a restablecer el

equilibrio del contrato, en tanto y en cuanto, las causas no son imputables a la administración sino al contratista particular y conforme a la matriz de riesgos del contrato, este debe asumirlo. Es por ello que la Ley 1150 de 2007, eliminó del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la garantía de la utilidad del contratista, esto es que el Estado debe garantizar al contratista la utilidad prevista en el contrato, siempre que ésta no se reduzca por causa de los riesgos que haya asumido al ofertar y celebrar el contrato estatal.

Si la administración, restablece el equilibrio del contrato, por causas imputables al contratista estatal, o si le restablece el equilibrio del contrato ante la ruptura de la ecuación contractual durante la ejecución del contrato al punto de alcanzar la utilidad inicialmente prevista en el momento de ofertar o contratar según el caso, incurrirá en una falta disciplinaria gravísima por evidente daño patrimonial, en cuanto la causa eficiente sea la ocurrencia de un riesgo asumido por el contratista particular en el contrato.

c. Por causas imputables a la administración pública en general, representada en autoridades distintas a la contratante, que es el hecho del príncipe.

Esta causal se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales através de leyes, acuerdos, ordenanzas y actos administrativos en general. Decisiones urbanísticas y de planeación, medio ambiente hábitat, expropiación etc, tales como la decisión sobreviniente de realizar ajustes en obras por espacio público contenidas en normas de las autoridades de planeación, urbanísticas o ambientales expedidas con posterioridad a la celebración del contrato y se les exige su aplicación durante la ejecución del

mismo.

d.-Por factores exógenos a las partes del negocio, y es la Teoría de la Imprevisión. La teoría de la imprevisión implica que el contratista, de todas maneras cumplió la ejecución del contrato en circunstancias mas gravosas a la inicialmente pactadas, por circunstancias exógenas e imprevisibles que alteran la ecuación económica del contrato. Siguiendo la doctrina señalada por Escola, los requisitos para que tenga lugar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión son los siguientes:

1. Debe estar en presencia de un contrato estatal.
 2. El hecho debe ser razonablemente imprevisible, es decir, que en estricto sentido la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del hecho, mas que al hecho mismo.
 3. El hecho invocado como previsible debe afectar de manera sustancial el equilibrio económico del contrato, pues no puede tratarse de una “imprevisión previsible” y acordada en el contrato o en el sistema de precios del mismo.
 - 4.- Debe existir una íntima correlación entre el hecho y el trastorno ocurrido.
 5. El hecho debe ser independiente de la voluntad de las partes.
 6. Es indispensable que no obstante el trastorno ocurrido, no se suspenda la ejecución del contrato.
 7. La imprevisión no cubre ganancias, solo es una ayuda en las pérdidas (daño emergente).
- Consejo de Estado. Sala de Consulta, Concepto 1792, diciembre 12 de 2006, Magistrado Ponente Luis Fernando Alvarez Jaramillo.

6. Actuaciones contractuales de las partes durante la ejecución del contrato.

Durante la ejecución del contrato, el contratista particular realiza las siguientes actividades:

1.- Una vez suscrito el contrato debe proceder a acreditar los requisitos legales y contractuales necesarios para suscribir el acta de inicio de ejecución del contrato, o para que la administración y/o interventor según el contrato en sus defecto de la orden escrita de iniciar la ejecución del contrato. Se trata de aportar la garantía exigida en el pliego de condiciones y el mismo contrato y de la aprobación de la entidad, así como la publicación del contrato, el pago del impuesto de timbre, y los requisitos que exija además de la ley el mismo contrato. Si no cumple con éstas obligaciones, la administración debe exigir su cumplimiento, so pena de hacer efectiva la garantía de seriedad del ofrecimiento, si la administración omite este deber, habrá incurrido el servidor público competente, en falta disciplinaria de las previstas en el artículo 48 del CDU.

Una vez suscrita el acta de inicio del contrato o recibida la orden escrita de iniciar su ejecución el contratista debe radicar la cuenta del anticipo o el pago anticipado en los términos acatados. Conforme a la ley 1474 de 2011, debe proceder a contratar la fiducia para efectos del depósito y administración, ejecución y giro con cargo a las cuentas del anticipo. El deber de la administración, es verificar la constitución de la garantía en los casos de los contratos adjudicados en licitación pública, con excepción de los contratos de menor y mínima cuantía.

En los casos que deba ser desembolsado el anticipo en una fiducia, el deber de la administración so pena de incurrir en falta disciplinaria es el de verificar la existencia del

contrato de fiducia y que las cláusulas de este aseguren la verificación, seguimiento, vigilancia giro a proveedores y la entrega de los productos. En los casos de menor cuantía, es de la administración revisar directamente o a través del interventor, la inversión correcta y adecuada los recursos del anticipo destinados al contrato.

Así mismo, el contratista tiene el deber de informar a la administración los defectos de los estudios y diseños que reciba y proponer soluciones, advertir las falencias de los permisos, licencias y autorizaciones administrativas y requerir sus complementaciones. El contratista debe cumplir con el cronograma de ejecución de la obra, pactado con la administración contratante y el interventor o supervisor según el caso.

Es deber del contratista, responder por la cantidad y calidad de los bienes y servicios contratados, y realizar los ajustes o reparaciones que la administración e interventor le exija, así como también debe el contratista cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas dentro del plazo inicial, a no ser que existan causas justificables que den lugar a prórrogas de mutuo acuerdo.

De otra parte, el contratista debe informar a la administración las causas técnicas o de fuerza mayor que deba dar lugar a la suspensión de mutuo acuerdo del contrato. El contratista debe entregar los bienes y servicios pactados, para lo cual conforme al contrato se suscribirán las actas de entrega y recibo, y concurrir a la liquidación del contrato de mutuo acuerdo, salvo que la administración en oportunidad legal decida hacerlo mediante acto administrativo unilateral de liquidación del contrato o mediante acción contractual reclamar del juez del contrato la

liquidación judicial o arbitral del mismo.

El contratista tiene el derecho de recurrir los actos administrativos unilaterales de caducidad del contrato, de terminación, modificación e interpretación del contrato, los actos administrativos de imposición de multas, el que hace efectiva la penal pecuniaria, el que ordena la liquidación unilateral del contrato, el que hace efectiva la garantía de seriedad del ofrecimiento, el que hace efectiva la garantía única de cumplimiento o los otros mecanismos de cobertura del riesgo, teniendo en consideración que la violación al debido proceso es falta disciplinaria por parte del servidor público que incurra en esos comportamientos contractuales.

Así mismo, el contratista tiene derecho de solicitarle a la administración, la cláusula tácita contractual del arreglo directo, esto es, que las partes siempre tendrán la posibilidad de acudir al arreglo directo para solucionar todas las controversias y vicisitudes que ocurran durante la ejecución del contrato.

Por su parte la administración en desarrollo de la ejecución de contrato tiene deberes y derechos. Frente al derecho disciplinario, el incumplimiento del deber de los servidores públicos en relación a los contratos estatales constituye falta disciplinaria.

A diferencias de los derechos de las personas naturales quienes tenemos el derecho a no ejercer los derechos, sin consecuencia jurídica sancionatoria por parte de las autoridades, observamos que en relación a las Entidades públicas contratantes, en tratándose de derechos de las entidades públicas contratantes, el no ejercicio de un derecho por parte de los servidores

públicos, constituye falta disciplinaria.

Es por ello, que la administración tiene el derecho y por ende el deber de los servidores públicos de ejercer ese derecho, en relación a la ejecución del contrato, sopen de incurrir en falta disciplinaria a lo siguiente:

- A verificar la existencia de los requisitos legales y contractuales para la ejecución del contrato.
- A verificar la legalidad del contrato de fiducia para el desembolso del anticipo en los casos de los contratos adjudicados mediante licitación pública.
- A verificar y hacer seguimiento a la inversión del anticipo en los casos de los contratos de menor cuantía, donde el anticipo es manejado por el contratista y/o interventor.
- La administración decide en los pliegos o en la minuta del contrato si en los contratos de menor cuantía el anticipo es desembolsado y administrado de manera conjunta por el contratista y el interventor y si solo por el contratista y en este caso al interventor solo le corresponde la vigilancia de la inversión.
- El seguimiento a la ejecución y cumplimiento del cronograma del contrato.
- Debe garantizar la afectividad de los procedimientos administrativos de imposición de multas, penal pecuniaria, de interpretación, modificación, terminación, caducidad, de aplicación de garantías, de terminación unilateral por causas de nulidad absoluta etc.
- Exigir el restablecimiento del contrato a favor de la administración por causas imputables al contratista o por la teoría de la imprevisión en los casos en que por causas del mercado de los bienes y servicios presupuestales bajen considerablemente.
- Hacer las revisiones permanentes de precios durante la ejecución del contrato y hacer las

reservas presupuestales correspondientes para garantizar la ejecución normal del contrato.

-Tiene el deber y el derecho a exigir la cantidad, calidad dentro del cronograma establecido de los bienes y servicios contratados.

- El deber y el derecho de exigir las reparaciones de las obras durante la ejecución del contrato, la reposición de los bienes y servicios y el mantenimiento de los bienes y servicios contratados.

- Hacer efectivo el contenido económico de los actos administrativos expedidos durante la actividad contractual.

- El deber de liquidar el contrato ya por mutuo acuerdo, unilateral o judicial, en oportunidad, esto en el límite del principio en que comienzan a contarse los términos establecidos en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en tanto no se cuenta con todos los treinta meses distribuidos en cuatro meses para la liquidación bilateral, dos para la bilateral y la unilateral y 24 meses para la liquidación bilateral, unilateral y la judicial, porque para el órgano disciplinario si no existe justificación, hacerlo dentro del término pero de manera tardía sin justificación es incurrir en falta disciplinaria.

Durante la ejecución del contrato es importante, observar los deberes y exigir los derechos de las entidades estatales contratantes, en relación a los contratistas, ya que se podría incurrir por acción u omisión en faltas disciplinarias gravísimas por incumplimiento a los principios contractuales de economía, responsabilidad, transparencia contenidos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en armonía con los numerales 30 y 31 de la Ley 734 de 2002.

7. Adición del contrato, contrato adicional y obras adicionales o mayores cantidades de obra.

Durante la ejecución del contrato estatal, pueden surgir circunstancias que den lugar a la adición de los contratos, a la suscripción de contratos adicionales o al reconocimiento de mayores cantidades de obra, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, inciso segundo del párrafo único que señala: *“Los contratos no podrán adicionarse en mas del cincuenta por ciento 50% de s valor inicial expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”*.

La primera discusión que se presenta en la doctrina y jurisprudencia contencioso administrativa es la distinción entre adición, contrato adicional y mayores cantidades de obra u obras adicionales.

El Doctor Reinaldo Chaparro Buriticá, plantea en su salvamento de voto, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 3314 de mayo 20 de 2004, lo siguiente: *“Dice que la adición del contrato es distinta del contrato adicional, lo cual no es cierto, dado que la única regulación existente en el régimen de contratación actualmente vigente sobre adición de contrato o contrato adiciona, es la del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Es decir, que el contrato se adiciona o se suscribe un contrato adicional, según la artificiosa, innecesaria y errada aseveración de la sentencia en ejercicio de la autorización del artículo 40 referido.*

Por otra parte, tampoco es cierto que el objeto del contrato pueda o deba ser modificado mediante contrato adicional porque ello implicaría violar manifestamente a ley del contrato (pliego de condiciones, llamado a la licitación) y todos los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva que rigen la

contratación estatal. Así por ejemplo, no se puede licitar la construcción de una carretera y luego de adjudicado el contrato y de comenzar su ejecución, optar los contratarse ponerse de acuerdo en suscribir un contrato adicional para ejecutar otro objeto, v. Gr. La construcción de un aeropuerto o un edificio”.

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 3314 de mayo 20 de 2004, en relación a los contratos adicionales, adición de contratos y mayores cantidades de obra, manifiesta:

“Sin duda, la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. No desconoce la Sala que la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado, pero no esta modificación del valor a la que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría a un enfrentamiento de las disposiciones analizadas, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precisos aludida en ese parágrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando los imprevistos en la ejecución del contrato se trata”.

Pero es importante señalar, que tanto la adición, el contrato adicional y las mayores cantidades de obra u obras adicionales, desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, tienen en común que es una novación cuantitativa y/o cualitativa en el objeto del contrato y en ocasiones al valor inicial del contrato celebrado, ya que todas incorporan actividades, ítems o cantidades no establecidas en el contrato original. Igualmente, tienen en común que la necesidad de las adiciones, mayores cantidades de obra u obras adicionales y los contratos adicionales surge

durante la ejecución del contrato original, es decir, todas son imprevistas, que por presentarse la necesidad durante la ejecución del contrato no era posible incorporarlas en el contrato inicial y por su carácter imprevisible, era imposible detectar su necesidad previamente a su ocurrencia.

Entonces, además de el carácter de imprevisibilidad de las obras al momento de planear el contrato, y de la naturaleza post celebración del contrato, tienen en común la adición del contrato con el contrato adicional que el valor económico en pesos de lo adicionado, no puede ser superior al 50% del valor del contrato inicial expresado este en salarios mínimos legales mensuales vigentes actualizado a la vigencia fiscal en que se surta la operación contractual. Se diferencia el contrato adicional y la adición del contrato con las mayores cantidades de obra, porque éstas últimas no tiene el límite del 50% del valor inicial del contrato celebrado.

En relación a las obras adicionales, el Concejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de julio 18 de 2002, señaló: “ *De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión; al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional: si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces el acuerdo entre las partes*”.

Por último, es necesario precisar la naturaleza de “adicionar” y “valor inicial” en el contrato estatal, según el Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto 1920 de septiembre 20 de 2009, magistrado Ponente Enrique José Arboleda Perdomo, así:

“Las expresiones ‘adicionar’ y ‘valor inicial’ tienen un significado común: es el caso de un contrato que requiere modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obras y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante.

Dada esta necesidad, no obstante el valor de lo adicionado sólo puede llegar a la mitad del valor originalmente establecido, aunque actualizado mediante la variación del salario mínimo legal mensual. Esta limitación impuesta por el legislador se constituye en una medida de control para prevenir el desconocimiento de los procesos licitatorios en razón de la cuantía, así como para garantizar la la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación en la contratación estatal.

Tratándose de contratos de obra con pago a precios unitarios, el “valor inicial” estimado o aproximado por el que se firmó el contrato, según se explicó atrás representado en salarios mínimos legales mensuales. El uso de la expresión “valor inicial”, que hace el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, excluye los mayores valores que se hayan dado a lo largo de la ejecución de la obra por razón de las mayores cantidades de obra a los precios unitarios pactados, sin perjuicio de que la conversión a salarios mínimos legales mensuales, vigentes para la época de la adición, permita que la obra objeto del contrato adicional exceda el 50% del valor inicial representado en términos absolutos.

Como se trata del mismo contrato, el documento que contiene la adición sólo recoge las variaciones acordadas. Y por ello, las estipulaciones no modificadas se deben aplicar al contrato adicional, pues en éstas últimas, una parte que se agrega al contrato inicial”.

Lo anterior, nos muestra que la expresión adicionar, se refiere al otro- si que se suscribe entre las partes contratante estatal y contratista particular, que se ocupa de incorporar modificaciones que inciden en su valor original, dado que se trata de obras nuevas o distintas de carácter complementario, respecto de las contratadas y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante, pues la adición se ocupa de modificaciones de diseño o cantidades de obra que no deben superar el 50% de su valor inicial, es decir, ocurre el fenómeno consistente en que las partes acuerdan, el “ya qué”, que quiere decir: Ya que usted está aquí, hagamos estas obras nuevas o distintas respecto de las ya contratadas en el contrato principal de carácter complementario, que son indispensables para lograr la finalidad perseguida con el contrato.

De allí, que habrá contrato adicional, cuando las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos items de contrato o variación en los precios unitarios, lo que implica que aquellos aspectos no modificados en el contrato adicional serán regulados por las estipulaciones del contrato principal, sin que la variación de los precios unitarios y de los items incorporados puedan superar el 50% del valor del contrato.

De otra parte, encontramos que en aquellos contratos donde se haya pactados precios unitarios, se tiene que el valor del contrato celebrado, será el valor inicial estimado o aproximado, y se presentan mayores cantidades de obra, cuando las partes mediante acta y previa disponibilidad presupuestal por razones de fuerza mayor, o circunstancias de imprevisibilidad extraordinaria durante la ejecución de la obra haya detectado la necesidad de realizar mayores cantidades de obra de las inicialmente pactadas, lo que implica que como ya cada ítem tiene su precio unitario pactado, el acta de mayores cantidades de obra sólo incorpora mas de lo mismo, pero a los precios ya pactados, sin que se aplique el 50% del valor inicial del contrato.

Ello contrasta, con la finalidad del límite del 50% que tienen las adiciones y el contrato adicional, y es el de no evadir los procesos licitatorios garantizando selección objetiva y transparencia. Lo que ocurre, es que en las mayores cantidades de obra, existen unos precios unitarios y unas cantidades de obra previamente pactadas en el contrato principal, pero por fuerza mayor y por conveniencia pública se presenta durante la ejecución del contrato la necesidad de ejecutar mayor cantidad de los ítems previamente pactados con los mismos precios inicialmente pactados. Se trata de hacer mas obra de la inicialmente contratada, con los precios unitarios inicialmente pactados, y es la fuerza mayor la que justifica la no aplicación del límite del 50% del valor del contrato inicial, pues en este caso, la misma naturaleza del contrato a precios unitarios, hace que su valor inicial sea considerado estimado y aproximado, pero que mediante mayores cantidades de obra, puede resultar su valor definitivo mayor.

De igual manera, se presenta cuando ha dicho el Consejo de Estado, que los contratos interadministrativos pueden ser adicionados, o suscribirse contratos adicionales por valores que no tienen el límite del 50%, es decir, a estos contratos no se les aplica el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Aunque la Ley 80 de 1993, no lo excluya expresamente, esta conclusión se obtiene de la Ley 1150 de 2007, cuando en su artículo 2 señala que los contratos interadministrativos serán suscritos directamente por dos o mas entidades estatales, lo que implica, que una adición inferior o superior al 50% siempre será mediante contratación directa, ya que sería contrario al principio de economía aplicar el límite del 50%, porque en aquellos eventos en donde la adición o contrato adicional sea superior al 50% del valor inicial, de no hacerse, de todas manera habría que celebrar otro contrato interadministrativo directamente, entonces una manera oportuna, eficiente y eficaz, sería la de celebrar la adición o contrato adicional al contrato interadministrativo ya adicionado cuando el objeto agregado pueda ser ejecutado en virtud del contrato o convenio interadministrativo inicial.

En todo caso, lo anterior son desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, que como criterio auxiliar permiten identificar definiciones y conceptos dogmáticos que sirven para ilustrar al operador contractual para solucionar problemas contractuales concretos como aquel que se presenta ante la necesidad de adicionar, suscribir un contrato adicional o un acta de mayores cantidades de obra, pues a estos conceptos doctrinales y jurisprudenciales no podemos acudir para estructurar una falta disciplinaria gravísima, ya que los tipos disciplinarios en blanco imponen el deber para estructurar una falta disciplinaria, de partir del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y remitirse a las normas contractuales correspondientes, que como en este caso es al párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pero no podemos estructurar el tipo con

doctrina y jurisprudencia.

Sin embargo, es necesario señalar que toda decisión contractual debe estar precedida de justificación, oportunidad, conveniencia, estudios previos, precios, permisos y autorizaciones en el caso y al límite del 50% en los casos en que sea necesario, salvo en los contratos interadministrativos y las actas de mayores cantidades de obra.

Pero ante el juzgamiento disciplinario del comportamiento contractual, consistente en la celebración de una adición, mayores cantidades de obra o contrato adicional, quiero señalar que existe la mayor incertidumbre jurídica, en tanto podría asegurar que no existe adición, contrato adicional, o acta de mayores cantidades de obra que se haya suscrito o se celebre en el futuro, que ante la controversia doctrinal y jurisprudencial, no esté sujeta a cuestionamientos de los jueces disciplinarios, puesto la posición disciplinaria, depende de la doctrina o jurisprudencia que comparta o en que se sustente el operador disciplinario, teniendo en cuenta que la regla decisional de la que hay que defenderse es de la que el juez disciplinario tiene en su cabeza, y es la de que toda adición, mayores cantidades de obra o contrato adicional tiene la finalidad de favorecer al contratista y la de evadir el proceso de selección objetiva correspondiente. Ese es el dogma contra el que tiene que luchar una defensa disciplinaria, como ocurre en los casos de urgencia manifiesta.

Un poco más certeza jurídica generaría, que el legislador regulara y definiera el alcance de los contratos adicionales, adiciones, mayores cantidades de obra, sus diferencias entre ellos, requisitos, presupuestos para cada uno de ellos, así como también en relación a la urgencia

manifiesta que además de haberla definido en la ley 80 de 1993, regulara de manera específica unas causales, requisitos previos, a fin de garantizar la mayor seguridad jurídica posible, lo contrario es dejar al operador contractual en la incertidumbre y en manos de la aplicación y operación de un derecho disciplinario discrecional y arbitrario, contrario al Estado social, democrático y participativo de derecho que pregona la Constitución Política de 1991.

El Consejo profesional, es que las razones para adicionar, suscribir un acta de mayores cantidades de obra o contrato adicional deben ser excepcionales y casi en el extremo de una urgencia manifiesta para que la administración proceda a suscribirla, pues no es suficiente el control contencioso del contrato, sino que dado la amplitud y generalidad de los tipos disciplinario gravísimos contenidos en los numerales 29 a 35 de la Ley 734 de 2002, en donde la vulneración a los principios de contratación estatal son falta disciplinaria de la contratación estatal, concluyo que no hay irregularidad disciplinaria por mínima que sea, que no quepa en los principios de responsabilidad, economía y transparencia, lo que hace que por el mínimo comportamiento contractual irregular la sanción a imponer sea la destitución del sujeto de la acción disciplinaria, pues por la forma como están descritos los tipos disciplinarios contractuales el juez disciplinario tiene poderes en la praxis aunque no en el mundo del derecho, para la calificación de una falta disciplinaria gravísima en grave o leve.

8. Reconocimiento económico contractual por vía administrativa.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993, establece que las entidades a que se refiere el artículo 2º contractual y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

De allí que podamos afirmar, que todo contrato tenga incorporado en forma implícita la cláusula de arreglo directo de las discrepancias entre las partes contratantes, no solo las económicas sino las administrativas y de ejecución del contrato.

De allí, que durante la ejecución del contrato hasta su liquidación las partes en el contrato estatal pueden formularse peticiones mutuas. Esto es, los contratistas por su parte pueden formular en ejercicio del derecho de petición, reclamaciones económicas a la administración, tales como solicitud de reajustes y revisión de precios, establecimientos del equilibrio económico del contrato, compensaciones, pagos, descuentos, solicitud de adiciones, mayores cantidades de obra o suscripción de contratos adicionales.

El instrumento que se utiliza para realizar os reconocimientos económicos en virtud de la celebración y ejecución de los contratos estatales, son las actas de reconocimiento económico por reajuste de precios, por mayores valores por concepto de demoliciones y deposición de escombros, de redes de desvíos, de restablecimiento de equilibrio económico del contrato por interpretación, modificación unilateral del contrato, por cambio de vigencia fiscal, por incremento del salario mínimo legal mensual, por incremento de impuestos y aranceles no

previstos en el contrato inicial, mayores valores por incremento desproporcionado de los materiales, por incremento extraordinario del transporte de materiales etc. Todos estos reconocimientos económicos se hacen mediante actas suscritas entre las partes contractuales, mediante actos administrativos de la administración contratante, y finalmente en el acta de liquidación del contrato estatal.

Todos éstos reconocimientos, deben tener como fundamento lo siguiente: O están previstos en las estipulaciones contractuales, tales como las reglas de ajustes y revisiones periódicas de precios, ajustes por cambio de vigencia fiscal; o son producto de fórmulas de arreglo en virtud de arreglo directo, amigables componedores, árbitros técnicos o tribunales de arbitramento, cuyo sustento es el *ius variandi* contractual, esto es, que como las condiciones iniciales contractuales variaron, entonces se requiere restablecer las condiciones en las que debe continuarse con la ejecución del contrato, y ello encuentra su fundamento en la Ley.

Mi sugerencia profesional, es que si bien el artículo 60 dispone que todo contrato lleva implícita su fórmula de arreglo directo de solucionar las controversias contractuales, lo sugerible es no acudir al arreglo directo, como tampoco a los amigables componedores, la fórmula que genera la mayor certeza jurídica es someterlo a conciliación prejudicial ante el Ministerio público en asuntos contencioso administrativos con la posterior aprobación por parte del juez administrativo, pues lo contrario es entrar al escenario de interpretación discrecional del operador disciplinario. Resolver peticiones de reconocimiento administrativo directamente por las entidades contratantes, no es ilegal, por el contrario, es la primera herramienta dispuesta en la Ley, pero es importante señalar, que ello genera la mayor

inseguridad jurídica para el servidor público, porque es dejar en manos del operador disciplinario su suerte frente el ejercicio de la acción disciplinario, y lo más conveniente para la seguridad jurídica que conviene al Estado, a las partes contractuales y a los servidores públicos es someterlas a conciliación prejudicial con la posterior aprobación del juez, pues este es uno de los escenarios en donde no todo lo que permita la ley es lo conveniente hacer para la seguridad jurídica.

9. Verificación de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato.

La verificación de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato, es lo que en vigencia del decreto ley 222 de 193, se denominaba “legalización del contrato estatal”. Hoy en vigencia de la Ley 80 de 1993, podemos afirmar que existen estos requisitos necesarios para la ejecución del contrato lo podemos clasificar en dos:

a.- Requisitos legales necesarios para la ejecución del contrato estatal, y se trata de la actividad de la administración de verificar lo siguiente:

-La realización del registro presupuestal del contrato, que es el acto de afectación del presupuesto de la Entidad, en donde quedan comprometidos los recursos para atender las obligaciones de la administración de reconocer y pagar al contratista la prestación.

-Si se trata de contratos de concesión, donde la financiación privada es del 100%, la realización del cierre financiero, que consiste en que el contratista le acredita a la administración

contratante la garantía entregada por el sistema financiero sobre la fuente de recursos que financiará el proyecto. Si la concesión es mixta, esto es, financiación pública y privada, se deberá realizar el registro presupuestal por el porcentaje de financiación pública y el cierre financiero por el porcentaje de financiación privada.

-La publicación del Contrato Estatal, en el Diario Oficial o Gaceta Municipal, Distrital o Departamental según el caso.

-La aprobación de la garantía correspondiente según el pliego de condiciones, esto es, mediante la aprobación de la póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía, depósito de dinero en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores.

b.- Los requisitos contractuales necesarios para la ejecución del contrato, son aquellos previstos en las estipulaciones contractuales, tales como la aprobación por parte de la entidad contratante y/o el interventor de las hojas de vida del recurso humano técnico y especializado que va a ejecutar las obras; la realización del cronograma detallado de las obras, la recepción de los predios donde se va a ejecutar la obra, la apropiación, estudio y análisis de los estudios y diseños para iniciar la implantación de los mismos etc.

Una vez verificado tanto los requisitos legales como contractuales, vendrá la suscripción del acta de inicio de la ejecución del contrato ó la orden escrita de la entidad pública y/o el interventor de iniciar la ejecución de las obras; y acto seguido se radicará la cuenta para el desembolso de los recursos del anticipo, conforme al artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, ya

que en los “contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea menor o mínima cuantía”.

10. Urgencia manifiesta y contratación directa.

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dispuso que “Existe urgencia manifiesta cuando las continuidad del servicio exige el suministro de bienes y servicios, o la ejecución de las obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionados con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos. La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARAGRAFO: Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente”.

El acto administrativo de declaración de urgencia manifiesta es de carácter general, esto es, que no afecta a ninguna persona en particular, pues las razones de su expedición se encuentran consignadas a título de motivación del acto administrativo, en donde describe además la causal o causales que dieron lugar a su declaración así:

a.- Primero debe señalar, si la situación que da lugar a la declaración de urgencia manifiesta o causal de expedición del acto administrativo correspondiente es de:

-La continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.

- Situaciones relacionadas con los estados de excepción de conmoción interior, guerra exterior, o de emergencia económica, social o ambiental.

-Situaciones excepcionales, es decir, poco común, relacionadas con circunstancias e calamidad pública.

-Cuando se trate de situaciones excepcionales constitutivas de fuerza mayor o desastre

-O situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos.

b.- Luego de definida la causal respectiva, debe en la parte motiva señalarse y calificarse el grado de necesidad, inmediatez de la contratación como herramienta para proveer los bienes y servicios que la causal y sus consecuencias exige. Se trata de una medida de urgencia, que permite a partir de una causa que da lugar a ella, tomar medidas contractuales para proveer los bienes y servicios de manera inmediata para controlar los efectos que produce la causal, esto es que ojalá las circunstancias permitan que las medidas tomadas en virtud del contrato permitan controlar de manera total y absoluta los efectos nocivos generados por la causal, pero si ello no

fuere posible, por lo menos para disminuir los efectos nocivos de la misma, en ocasiones para actuar de manera humanitaria como en los casos de calamidad y desastres, y en otros casos para atender medidas preventivas y reactivas según el caso.

Se presentan situaciones, como son los casos de inundaciones, en donde se declaran las urgencias manifiestas, todos los años para reaccionar frente a estas circunstancias y que de esta manera el Estado pueda prestar asistencia humanitaria a los afectados. La crítica que se hace en este punto, es que la urgencia manifiesta cuya consecuencia es la contratación directa, es un mecanismo que le permite a la administración pública actuar ante circunstancias excepcionales e imprevisibles, tales como terremotos, como olas invernales en verano, epidemias o endemias, puentes destruidos por el terrorismo ubicado en zonas de transporte vial en donde su obstaculización afecte la economía.

Pero cuando se trata de urgencias manifiestas, como la que se declara cada año, ante las olas invernales que inundan zonas reiteradas como el sur de Bolívar, Magdalena medio, Cesar, Córdoba y Sucre, la comunidad jurídica no deja de hacer críticas, en tanto la urgencia manifiesta procede siempre que por su carácter imprevisible no sea posible planear la acción del Estado. En este caso, se señala que históricamente, si algo se tiene seguro es la inundación que para cierta época del año presentan todas estas regiones, entonces porque esperar que llegue la ola invernal para declarar la urgencia manifiesta si podría planearse la respuesta del Estado.

Aquí en mi sentir frente a este caso, la comunidad jurídica no puede aplicar de manera exegética el dogma del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en tanto planear la solución a la ola invernal en regiones establecidas previamente en donde las inundaciones ya no son una imprevisibilidad o sorpresa como Córdoba, Bolívar, Cesar, Sucre y Magdalena. Allí observamos que las soluciones demandan la inversión de grandes recursos y de mega proyectos de infraestructura que implica la reubicación de pueblos y de puertos, y el Estado no cuenta con los recursos para dar éstas soluciones definitivas que impedirían y controlarían estas inundaciones.

Lo segundo, es que en aquellos casos en donde se han tomado las medidas como es la construcción de la ruta de las Américas el proyecto es a largo plazo mediante el sistema de financiación de obras públicas, y el proyecto se va desarrollando por tramos, y se hace necesario enfrentar las olas invernales que se presenten mientras se van ejecutando las obras contratadas.

El otro asunto, es que mientras se implementan las soluciones definitivas, el Estado sólo puede tomar medidas reactivas, actuando ante la intensidad y alcance de la ola invernal, ya que no se puede establecer de manera previa el alcance de la calamidad pública que se presenta y hasta donde llega la población afectada, que por la intensidad de las lluvias, unos años afecta a una población determinada.

Mi consejo profesional, es que en la medida en que la Entidad pública vea procedente solucionar la necesidad de proveer bienes y servicios para enfrentar calamidades públicas y las

otras causales de urgencia manifiesta a través de los mecanismos de selección objetiva públicos, acuda a la respectiva licitación, concurso o selección abreviada, en tanto el servidor público que acuda a la urgencia manifiesta enfrenta ante el operador disciplinario el dogma, de que” se declaró la urgencia manifiesta con la finalidad de evadir el proceso público de selección del contratista” y en ocasiones es difícil lograr que el juez penal o disciplinario llegue al convencimiento de que se acudió a una herramienta dispuesta en la ley para enfrentar circunstancias excepcionales. Téngase en cuenta que en la mayoría de las veces se trata de un juzgador penal, fiscal y disciplinario que conoce los dogmas teóricos de la contratación, pero que no ha tenido la oportunidad de actuar como operador contractual; y ello es como si un médico neurocirujano que aprendió la especialización en un salón de clase mediante la lectura de libros y observación de vídeos y que luego de obtener el título de especialista ingresa al quirófano a aplicar sus conocimientos teóricos en su primera cirugía neurológica.

El control que hace la Contraloría de la declaración de urgencia manifiesta prevista en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, consiste en la revisión del acto administrativo de la declaración de urgencia manifiesta, del expediente administrativo que le sirvió de sustento y de los contratos celebrados para el efecto, los actos de traslados presupuestales si fuere del caso, a fin de que dentro de los dos meses siguientes a su recibo se pronuncie sobre la actuación y promueva la correspondiente investigación disciplinaria si no la encuentra ajustada a la legalidad. Aunque la norma solo hable de investigación disciplinaria, nada impide que compulse las copias en lo penal en el evento en que encuentre algún hecho punible en la actuación.

11. Inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses contractuales.

Las inhabilidades e incompatibilidades y el conflicto de intereses durante la ejecución del contrato son actuales cuando al momento de realizar una adición, contrato adicional, suscripción de una acta de mayor cantidad de obra, la cesión del contrato, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la aplicación de una garantía, multa, cláusula penal pecuniaria, liquidación del contrato, recibo o entrega de la obra, desembolso de anticipo o pago anticipado etc, se presentan las causales previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, a mas de las previstas en los artículos 1,2,3,4 de la Ley 1474 de 2011

La existencia de una causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para actuar en alguna de las actuaciones anteriormente descritas, debe ser subsanada con la correspondiente declaración de impedimento ante el superior inmediato, que podrá aceptarlo o negarlo. En el caso en que sea aceptado debe designarse el servidor público ad-hoc para e caso y en el evento en que no sea aceptado el servidor público debe continuar con la actuación.

Si se trata de un servidor público, representante legal o jefe del organismo público, deberá declararse impedido ante el Procurador General de la nación o su delegado según el caso, y este hará lo propio, en el evento de aceptar el impedimento, conforme al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo deberá designar el funcionario Ad-hoc para que continúe con la actuación.

12. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes contractuales.

Las causales de inhabilidades e incompatibilidades son sobrevinientes conforme al artículo 9 de la Ley 80 de 1993, cuando se presentan durante la fase de celebración y ejecución del contrato estatal, lo que igualmente tiene las siguientes consecuencias:

Tan pronto los servidores públicos competentes tengan conocimiento, deben promover la cesión del contrato, y si no fuera posible por falta de voluntad del contratista si la causal le fue imputable, habrá lugar a declarar la terminación unilateral del contrato, conforme al artículo 44 y 45 de la ley 80 de 1993.

Así mismo, puede dar lugar a una causal sobreviniente cuando durante la ejecución del contrato, el contratista le sobreviene una inhabilidad por causa de una declaración ejecutoriada de caducidad de otro contrato, o por decisiones penales o disciplinaria, en el caso de los interventores para este último caso, o en los casos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, que dispone:

“Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

b) Haber sido objeto de declaraciones de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

c) Haber sido objeto de imposición de des (2) multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades contractuales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las aquellas formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

Lo anterior, indica que las entidades contratantes que impongan multas o declaren mediante incumplimientos de los contratos estatales, ya sea mediante actos administrativos formalmente considerados o mediante actas de audiencia públicas, además de inscribirlas en el registro de proponentes que llevan las Cámaras de Comercio del domicilio del contratistas, deberán dar cumplimiento al artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en cuanto deben remitir copia del acto administrativo debidamente ejecutoriado a efectos de que inscriban en el Sistema de Información de inhabilidades de la División de Registro, Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación.

Los servidores públicos que ante la existencias de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes no se declare impedida para actuar, o no tome las medidas necesarias para impedir que un contratista continúe ejecutando un contrato en el que sobrevengan las causales de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, incurrirá en falta disciplinaria gravísima.

13. Excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contractuales.

Están excluidas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades anteriormente descrito, las personas que en relación a las fases precontractual o contractual estén incurso en las siguientes causales, en virtud del artículo 10 de la Ley 80 de 1993, así:

a.-Las personas que contraten por obligación legal, tales como negociación directa de predios, expropiación por vía administrativa o judicial de predios declarados mediante autoridad pública como de utilidad pública o social, servidumbres públicas.

b.- Las personas que contraten para usar los bienes y servicios que las entidades públicas ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, tales como los servidores públicos que contraten la suscripción para la prestación de servicios públicos de aseo, acueducto, alcantarillado, energía, telefonía local, larga distancia nacional e internacional, telefonía celular, internet, Créditos bancarios, tarjetas de crédito, cuentas de ahorro, cuentas corrientes, tarjetas de crédito.

c.- Las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario. Por ejemplo, los servidores públicos del Distrito Capital o de la Nación que formen parte de la Junta Directiva de la Corporación Minuto de Dios o de la Fundación Solidaridad por Colombia. No obstante, las entidades públicas pueden contratar con dichas Corporaciones o fundaciones.

d) Quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución, esto es que el Estado al enajenar su participación en una empresa, tiene el deber de promover la democratización de la titularización de acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder mediante contrato estatal a la propiedad accionaria. La mencionada norma Constitucional fue desarrollada por la Ley 226 de 1995.

Es importante conocer desde la perspectiva penal y disciplinaria, el régimen de excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en tanto que desconocerlo sería desgastar la potestad del Estado en el ejercicio de la acción penal y disciplinaria, pues existe una falta disciplinaria gravísima y un delito, denominado celebración de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, que quedaría desestructurado, si concurre el régimen exceptivo del artículo 10 de la ley 80 de 1993.

14. El juzgamiento disciplinario de los derechos y deberes de los servidores públicos responsables de la gestión durante la ejecución del contrato.

Conforme al artículo 4 de la ley 80 de 1993, los derechos y deberes de las entidades publicas en su posición jurídica de contratante estatal, están previstas para que los derechos sean ejercidos por los servidores públicos competentes para reclamar del contratista, terceros y a la administración de justicia los derechos que emanan del contrato estatal celebrado para las entidades públicas. Así mismo, son los servidores públicos los que tienen el deber de acción en cuanto al ejercicio de los deberes de las entidades pública en su posición de contratante estatal. En consecuencia, el servidor público que en relación a un derecho de la entidad pública en su posición jurídica de contratante estatal durante la ejecución de las obligaciones, omite ejercer los derechos de las entidades previstas en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, o lo ejerza de manera irregular, anormal, defectuoso, en forma inoportuna incurrirá en falta disciplinaria gravísima, de las previstas en en al artículo 48 del CDU, teniendo en cuenta si se produjo un daño patrimonial, o si se vulneró los principios de transparencia, economía y/o responsabilidad. Lo mismo ocurre en relación, a la omisión del servidor público en el cumplimiento de un deber que le corresponde a la administración como contratante estatal durante la ejecución del contrato, o que el servidor público ejerza el cumplimiento del deber en forma inoportuna, irregular, anormal generando un daño patrimonial o la vulneración a los principios de transparencia, responsabilidad y economía contractual.

Así las cosas, conforme al artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sopena de incurrir en falta disciplinaria los servidores públicos en representación de las entidades públicas durante la

ejecución de un contrato estatal tienen el deber y el derecho a:

1.- Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, así como al garante. Para ello, las entidades públicas cuentan con las herramientas sancionatorias tales como las multas, la penal pecuniarias, la declaración de incumplimiento administrativo, la aplicación de las garantías, la omisión en el deber de aplicar estos mecanismos y herramientas da lugar a la configuración de una falta disciplinaria gravísima, por vulneración a los principios de responsabilidad, economía y transparencia, previstos en el artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

2.- Así mismo, las entidades tienen el deber y el derecho durante la ejecución del contrato de hacer efectivo el pago de las sumas a su favor como consecuencia de la imposición de sanciones pecuniarias y garantías, tales como las multas, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, la aplicación de garantía de cumplimiento, garantía de anticipo, de estabilidad, penal pecuniaria, incumplimiento del contrato etc.

3.- Igualmente, las entidades deben solicitar la actualización y revisión de los precios cuando haya ruptura del equilibrio económico del contrato en su favor. Lo usual es que sean los contratistas particulares quienes soliciten a la entidad contratante el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, pero el artículo 4 de la ley 80 de 1993, impone el deber y el derecho de la entidad pública de solicitar al contratista el restablecimiento en su favor cuando ocurran fenómenos de desequilibrio conforme al artículo 27 del Estatuto Contractual, so pena de incurrir en vulneración al principio de responsabilidad y de economía.

4. Así mismo, deben los servidores públicos contractuales, realizarse revisiones periódicas de la ejecución de las obras contratadas, servicios prestados o bienes suministrados, que en el evento en que el plazo sea superior a un año debe hacerse cada seis meses, con la finalidad de que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas. Así mismo los servidores públicos contractuales deberán promover las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. Para el interventor, existe la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 34 del CDU, modificado por el parágrafo 1º del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto los interventores incumplan sus deberes contractuales como *“no exigir, el supervisor o 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. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que pueden constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pueden poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”*.

Si el interventor o supervisor es servidor público, se le aplica la falta en virtud del artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002, y si el interventor o supervisor es un particular, se le aplica la mismo tipo disciplinario en virtud de la reforma introducida por los artículos 82, 83, 84 y 85 de la Ley 1474 de 2011, es decir, conforme al artículo 53 y 55 del CDU, los interventores y supervisores particulares son sujetos del derecho disciplinario.

5.- Así mismo, los servidores públicos en nombre de las entidades públicas ejercerán el derecho-deber de:

a.- Reclamar la indemnización de los daños que sufran las entidades estatales durante la ejecución de los contratos estatales.

b.- Sin perjuicio del derecho que tienen de llamar en garantía a los servidores públicos en los procesos contra los contratistas estatales, tendrán el deber de demandar la acción de repetición cuando quiera que el Estado sea demandado en ejercicio de la acción de controversias contractuales.

c.-Tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de contratar en los casos de contratación directa o al momento de proponer en los casos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos. Para ello se utilizarán los mecanismos de:

- Ajuste y revisión de precios,

- Acudirán a los mecanismos de ajuste y revisión de precios,

- Acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución,

- Pactarán los intereses moratorios, ante el incumplimiento en el pago de las prestaciones económicas si a ello hubiere lugar, y en el caso de no pactarlos se aplicará el doble del interés

legal civil sobre el valor histórico actualizado.

d.-En desarrollo del principio de responsabilidad y economía los servidores públicos contractuales tienen el deber de abstenerse de incurrir en actuaciones u omisiones imputables a las entidades públicas, que hagan sobrevenir una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, tales como la mora en el entrega de autorizaciones, permisos y licencias previas, la entrega de predios para construir las obras, las entrega de las edificaciones para la demolición, y de los predios para la deposición de escombros o de residuos tóxicos o sólidos, rellenos sanitarios y la renovación de las licencias respectivas para la actividad ambiental.

Así mismo, las entidades deben pactar de manera previa en el contrato o acordar durante la ejecución del contrato los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse, tales como arreglo directo, amigables componedores, arbitramentos técnicos, árbitros únicos, conciliación prejudicial, conciliación judicial, tribunales de arbitramentos etc.

e.- Así mismo, los servidores públicos contractuales tienen el deber del impulso oficioso de las actuaciones contractuales, y de pagar en orden de registro las cuentas que radique el contratista, salvo que las presente de manera incompleta y haya que subsanarlas, evento en el cual deberá radicarse nuevamente.

15. Del juzgamiento disciplinario por violación de los principios de la contratación estatal.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dispone que “ *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 a 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*”.

Por lo anterior, se observa que para efectos contractuales, existen los principios específicos de responsabilidad, economía y transparencia, en tanto que el principio de planeación contractual es de creación doctrinaria, razón por la cual al señalar el artículo 48, numeral 31 de la ley 734 de 2002 que constituye falta disciplinaria gravísima la vulneración de los principios de contratación estatal, se observa que únicamente son los previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, luego entonces no existe el principio legal de planeación contractual y por ende no constituye falta disciplinaria. Así lo señala la Corte Constitucional, al expresar: “*Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.*

Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de

las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. De donde resulta que, en cumplimiento de esta función, los principios se convierten en el punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéutica para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aún contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. (...)

“Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se pueden presentar en el devenir social. El ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a todos los operadores y, en especial, a los jueces, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a reglar su comportamiento, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan”.

15.1 Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Transparencia.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria gravísima los siguientes comportamientos, en el grado de participación de autores, coautores o intervinientes, con dolo o culpa gravísima cuando el servidor público por acción o por omisión se abstenga de observar lo siguiente:

1. En todos los procedimientos administrativos precontractuales, de ejecución contractual tanto los interesados, oferentes y contratistas según el caso, se les debe garantizar la oportunidad de conocer y controvertir los informes de evaluación, informes técnicos, los conceptos jurídicos, técnicos y financieros y todas las decisiones que se rindan o adopten, para lo cual deberá garantizarse el debido proceso, ejercer el derecho de defensa, el derecho de contradicción, práctica de pruebas, notificaciones, recursos etc.
2. Los expedientes y actuaciones deben ser públicos, y las licitaciones públicas deben adjudicarse mediante audiencia pública, conforme a la ley 1150 de 2007.
- 3.- Las autoridades deben entregar copia a costa de los interesados de las actuaciones administrativas y de las ofertas de todos los proponentes, con el deber de garantizar la reserva de las actuaciones y de los documentos que impone la ley, tales como las patentes de invención, procedimientos y privilegios.

4. Es deber de los servidores públicos contractuales garantizar en los pliegos de condiciones:

a) Indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, de contratación directa o contratación de mínima cuantía.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimiento de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el lazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de

los pliegos y de los contratos que contravengan la ley contractual, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6. En los avisos de publicación de apertura de la licitación públicas, concurso de méritos, selección abreviada, se señalarán las reglas de la adjudicación del contrato.

7. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

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

9. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

15.2 Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Economía.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 48, numeral 31 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria gravísima por vulneración del principio de economía cuando por acción u omisión el sujeto disciplinables incurra en los siguientes comportamientos:

1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva objetiva de la propuesta mas favorables. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.
2. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.
3. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.
5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.
6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.
7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato según el caso.
8. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en la Ley 80 de 1993.
9. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.
10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la Ley 80 de 1993, podrán delegar la facultad de celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 del estatuto

contractual y del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en los relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

No obstante, la prohibición anterior, el decreto ley 262 de 2001, establece que la Procuraduría General de la Nación intervenga en desarrollo de la función preventiva de la función pública. La Procuraduría interviene durante la fase precontractual y durante la ejecución del contrato, emitiendo conceptos y solicitudes de suspensión de audiencias, de revocatoria de actos de adjudicación, observación a los informes de evaluación etc, existiendo una regulación contradictoria, que a mi juicio debe definir el legislador, estableciendo el alcance de la prohibición, definiendo si puede o no puede, y en el evento en que así lo defina, la regulación debe generar la mayor seguridad jurídica, en tanto donde la Procuraduría intervenga y emita conceptos y solicitudes que sean acogidas por la entidad pública, debe definirse que por tal conducta no puede iniciar la acción disciplinaria, porque lo contrario sería permitir que la Procuraduría sin responsabilidad alguna intervenga en los procesos contractuales sin responsabilidad alguna y en ocasiones haciendo incurrir en error a las entidades públicas.

En relación a la facultad de las asambleas departamentales y concejos distritales y municipales señalada en los artículos 300, numeral 9º y 313, numeral 3º de la Constitución Política éstas

corporaciones autorizarán a los gobernadores y alcaldes para la celebración de contrato.

Esta es una competencia constitucional, bien controvertida en tanto que los concejos y asambleas tienen el deber de facultar a los gobernadores y alcaldes para que ordenen el gasto que requiera la ejecución de los respectivos presupuestos. Es incongruente, que los concejos y asambleas aprueben presupuestos para la vigencia fiscal de cada municipio, distrito o departamento y no le entreguen facultades a los gobernadores y alcaldes para su ejecución. De ninguna manera, debe entenderse que es discrecional de estas corporaciones, facultar o no a los alcaldes y gobernadores para celebrar contratos en desarrollo de la ejecución de cada uno de los presupuestos, como tampoco puede ser utilizado por los concejales y diputados como una herramienta de control político para exigir a los alcaldes y gobernadores burocracia, contratos o ciertas inversiones públicas, porque ello generaría no solo causal de pérdida de investidura, sino la comisión de un delito de abuso de función pública, prevaricato por acción u omisión, así como falta disciplinaria gravísima.

Es inexistente la aprobación de un presupuesto que no lleve consigo la facultad para ordenar y ejecutar el gasto que él incorpora, luego no existe aprobación de presupuesto sin facultad, en cambio, existen corporaciones que interpretan que puede aprobarse presupuestos sin facultades para ordenar el gasto, y que las corporaciones pueden otorgar tal facultad o no. Semejante interpretación es errada, la norma lo que dispone es que los concejos y las asambleas autorizarán a los alcaldes y gobernadores para celebrar los contratos que demande la ejecución del presupuesto, en atención a aquellos que por ley orgánica o constitucional requiere requisitos expresos, tales como el de empréstito, la venta o enajenación de la participación del Estado en

las empresas, etc.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

15. 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.

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables

por las respuestas y consecuencias generadas por la acción u omisión en el cumplimiento de éste deber.

Debe tenerse en cuenta, que no ocurrirá silencio administrativo positivo mediante acto presunto o ficto, cuando la petición recaer sobre prestaciones de tipo económico, ya que conforme al estatuto presupuestal todo acto de reconocimiento y pago, debe ser ejercido en desarrollo de las facultades de ordenación de gasto, que siempre será mediante acto administrativo expreso y no presunto.

17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se leen formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación, conforme a la Ley 1150 de 2007.

18. La declaratoria de desierta de la licitación, concurso de méritos o selección abreviada, únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en actos administrativos en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Por último, debo señalar que en virtud del principio de economía, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permitan la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado. Esta fiducia debe ser contratada por la entidad pública contratante, mediante licitación pública, mientras que la fiducia de que habla el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 para el manejo del anticipo debe ser contratada por el contratista, y ello implica que debe estar sujeta al reglamento y por el mecanismo de contratación directa.

15.3 Del Juzgamiento Disciplinario por Violación del Principio de Responsabilidad.

En virtud del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos que por acción u omisión incurran en los siguientes comportamientos incurrirán en falta disciplinaria gravísima, conforme al numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

1. Los servidores públicos están obligados a buscar e cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieran abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

En este caso, debe precisarse por parte de legislador, que si lo que se pretende es que los organismos de control no respondan por las solicitudes y conceptos que emitan y que en virtud de tales actuaciones no se les puede atribuir responsabilidad alguna, entonces no tendrá sentido la intervención preventiva, en donde siempre las administraciones ante el temor de una casi segura sanción disciplinaria y fiscal en la mayoría de los casos casi siempre acogen los informes y conceptos de los organismos de vigilancia y control. Allí el legislador debe intervenir regulando el asunto para generar seguridad jurídica.

6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones o por haber suministrado información falsa.

8. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

16. Derecho disciplinario y nulidad de los contratos estatales.

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos, en los casos previstos en el derecho común, esto es, conforme al artículo 1625 y 1740 del Código Civil; así como las causales especiales previstas en el Estatuto Contractual.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 señalo como causales de nulidad absoluta las siguientes:

1. Cuando se celebren con personas incursas en causales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y la Ley. En este caso, los servidores públicos contractuales incurrir en falta disciplinaria gravísima conforme al artículo 48, numeral 30 de la ley 734 de 2002, y las partes del contrato incurrir en cuanto sean sujetos del derecho penal en el delito de celebración de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e

incompatibilidades. De otra parte, hay lugar a la demanda judicial de nulidad absoluta del contrato, sin que sea saneable.

2.- Cuando el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional y legal, como por ejemplo, cuando se celebre contrato estatal en plena vigencia de ley de garantías electorales, o contratos sin previa disponibilidad presupuestal, cierre financiero o vigencia futura.

En este caso, existe falta disciplinaria gravísima para el servidor público, y para la partes incurre en el delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales legales.

3. Cuando el contrato se celebre con abuso o desviación de poder. Aquí se presenta una falta disciplinaria gravísima, y el delito de interés indebido en provecho propio o de un tercero, siempre que el servidor público, incurra en actuaciones tales como interpretar de manera subjetiva las normas del pliego para favorecer a un oferente en particular, o introducir requisitos para direccionar un proceso de selección objetiva, o le asigna mayor puntaje a una oferta para favorecerla, y esto se hace mediante actuaciones o actos administrativos simples o complejos.

4.- Cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, tales como el acuerdo, ordenanza que autorice la vigencia futura con fundamento en el cual se celebra el contrato, la anulación del acto administrativo de adjudicación, etc.

5.- Cuando se celebra el contrato con desconocimiento del principio de reciprocidad y de

igualdad de tratamiento de ofertas nacionales.

Las entidades públicas ante la existencia de una causal de nulidad absoluta, debe proceder a demandar su nulidad judicial ante el juez del contrato, pero en tratándose de los numerales 1, 2 y 4 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública tiene la opción demandar ante el juez su nulidad, o en su defecto mediante acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición deberá dar por terminado de manera unilateral el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentra.

Se incurrirá en omisión, y por ende en falta disciplinaria gravísima si la entidad no toma ninguna de las dos opciones, esto es, ni demanda judicialmente la nulidad, ni ordena la terminación unilateral del contrato. Ello disciplinariamente implica violación al principio de responsabilidad contractual, y prevaricato por omisión en materia penal; pero si se expide el acto administrativo con desviación o abuso de poder se incurre por vía de acción en falta disciplinaria gravísima por violación al principio de responsabilidad y en materia penal incurre en prevaricato por acción.

Si la nulidad es relativa, puede sanearse por ratificación expresa de las partes o por el transcurso de dos años a partir de su ocurrencia, lo que implica que no existe falta disciplinaria si el saneamiento ocurre por el transcurso del tiempo, o por ratificación expresa, pero si no sea sanea dentro de los dos años siguientes a la celebración del contrato existe falta disciplinaria en razón al problema que genere la concurrencia del vicio.

La declaración de nulidad del contrato en ejecución, no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que éste hubiere obtenido, conforme al artículo 48 de la Ley 80 de 1993. El estatuto contractual entiende que la entidad se benefició, cuando cuando las prestaciones cumplidas hubieren servido para satisfacer un interés público.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que es deber del representante legal o jefe del organismo, conforme al artículo 49 de la Ley 80 de 1993, sanear los vicios contractuales que no constituyan causales de nulidad absoluta o relativa, mediante acto administrativo motivado siempre que las necesidades del servicio lo exijan, so pena de incurrir en vulneración al principio de responsabilidad contractual.

17. Derecho disciplinario y tipologías contractuales.

Lo relevante frente al derecho disciplinario y penal en lo relacionado con la tipología del contrato es que en virtud de su naturaleza y objeto se aplica tanto el procedimiento como ciertos requisitos previos especiales que de no concurrir estaríamos en presencia de una falta disciplinaria gravísima o un delito de celebración indebida de contratos.

En relación a los procedimientos de selección, observamos que para seleccionar contratos de obra pública, de concesión de obra pública, bienes y servicio, fiducia pública y encargos

fiduciarios y en general todo tipo de contratos de mayor cuantía, el procedimiento general de escogencia del contratista es el de licitación pública, salvo para la adquisición de bienes y servicios de mayor o menor cuantía cuando se trate de contratos de suministro conforme al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, para los contratos de consultoría de mayor y menor cuantía el procedimiento de selección es el concurso de méritos, y para la selección de los demás contratistas estatales es el de contratación directa, o el procedimiento de mínima cuantía cuando el valor del contrato no supere el 10% de la menor cuantía.

Entonces, es importantes el la tipología del contrato, cuando el procedimiento de selección del contratista dependa de su naturaleza y objeto, y es importante igualmente para determinar los requisitos previos, esto es, para determinar cuando se requiere contratar a un tercero para realizar la interventoria, cuando se requieren diseños, estudios técnicos, autorizaciones, permisos y licencia tales como de construcción, urbanismo, ambientales, permiso para tala de árboles etc.

De allí, que en atención al objeto contractual se puede incurrir en una falta disciplinaria gravísima o celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales esenciales, por falta de requisitos previos, o por seleccionar al contratista por un procedimiento distinto al previsto en la Ley.

18. Del juzgamiento disciplinario por violación del deber de selección objetiva.

En virtud de la ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2022, se dispone cuál es el contenido y alcance del deber de selección objetiva, y hace relación a la definición de la oferta más favorable, que varía según el procedimiento de selección, esto es, la ley define cuál es la oferta mas favorable en la Licitación pública, cual en la selección abreviada, y cual en el concurso de méritos. En todo caso, la escogencia de la oferta mas favorable hace parte de la realización del deber de selección objetiva, y este deber se encuentra definido como componente estructural del principio de transparencia, luego aquí de existir alguna irregularidad se configuraría una falta disciplinaria gravísima contenida en el artículo 48, numeral 31 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 24 de la ley 80 de 1993.

19. De la responsabilidad de los consultores, en especial de los diseñadores, interventores, supervisores y de los revisores fiscales de empresas que en desarrollo de su objeto social participe en procesos contractuales, celebre y ejecute contratos estatales.

El artículo 7 de la Ley 1474 de 2011, , adiciona el numeral 5° al artículo 36 de la ley 43 de 1990, que impone el deber a los contadores públicos que actúen como revisores fiscales de denunciar o poner en conocimiento de la autoridad correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, deberes, obligaciones que le impone el ejercicio de la profesión.

Así las cosas, el revisor fiscal deberá abstenerse en de suscribir balances, estados de pérdidas y ganancias aprobar estados contables que incorporen documentos, cifras que no correspondan a la verdad financiera y contable de la persona natural, jurídica que actúe como oferentes plural o quien actúe en consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, es decir, como oferente plural. Así mismo, deberá denunciar todos los comportamientos corruptos que observe en desarrollo de la ejecución de un contrato estatal. Por su parte, la Ley 1474 de 2011, dispuso:

“Artículo 82. Responsabilidad de los interventores. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, que quedará así: los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a la entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuáles hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del contratado a través de un supervisor o

un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto contratado, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberá indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

Parágrafo 1°. En adición a la obligación de contar con la interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la

Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 1°. El numeral 34, del artículo 48 de la ley 734 de 2002, quedará si:

No exigir, el supervisor o 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 haya sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

Parágrafo 2°. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8°, numeral 1, el siguiente literal:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el

incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

Parágrafo 3°. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

Parágrafo 4°. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, respecto de régimen sancionatorio.

Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal.”

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

En la etapa contractual o de ejecución del contrato estatal, es en donde ocurren mayores comportamientos o conductas contractuales que puedan dar lugar a la configuración de faltas disciplinarias gravísimas, dado que es allí en donde debe ejecutarse todas las obligaciones de las partes en el contrato estatal y donde se realiza verdaderamente la gestión fiscal contractual. Por ello es importante precisar que para efectos disciplinarios, los distintos operadores jurídicos y los sujetos procesales deben tener en cuenta que el proceso de adecuación típica en materia contractual no constituye una actividad formal, resultante de encuadrar la conducta o comportamiento al tipo disciplinario, sino que materialmente debe analizarse la afectación o infracción al deber sin justificación alguna, porque de no realizarse ese análisis el pliego de cargos o el fallo definitivo habrá incurrido en causal de nulidad por afectación del derecho fundamental al debido proceso, pues es una irregularidad sustancial, que nos deja en presencia de una conducta que no contiene los elementos que constituyen la ilicitud sustancial.

De otra parte, es importante señalar que desde la suscripción, perfeccionamiento y legalización del contrato, hasta la terminación anticipada o en el término previsto en el contrato estatal, se pueden vulnerar tanto normas principios como reglas de contratación estatal, debiendo precisar que la violación sustancial y material que atenta contra el núcleo esencial del principio de contratación constituye falta disciplinaria gravísima, entendiéndose por núcleo esencial del principio, aquella conducta que de presentarse termina de manera abrupta, grosera, abusiva y manifiestamente contraria a la ley ya con dolo o con culpa gravísima, por desconocer los

principios de contratación estatal de un solo tajo. Pero si se vulnera de manera formal el principio con culpa grave o leve, la conducta habrá que adecuarla a las faltas disciplinarias graves o leves previstas en los artículos 34 y 35 del CDU en el evento en que estuvieren descritos en ellos como tipos abiertos. Sin embargo, si se desconoce una norma regla de contratación que está expresamente prevista como falta disciplinaria gravísima con dolo o con culpa gravísima, esa será la calificación que se le debe atribuir; pero el desconocimiento de una norma principio con culpa grave, descrita en el artículo 48 del CDU, o la infracción a una norma regla con dolo, con culpa gravísima o grave descrita en el artículo 34 y 35 Ibídem, habrá que juzgarla como falta grave o leve.

Luego de precisar, todas las conductas que pueden ocurrir en la etapa de ejecución del contrato y su eventual adecuación típica, es necesario señalar que el agente estatal en sus actuaciones por acción u omisión, igualmente pueden incurrir en faltas disciplinarias cuando hace uso de las prerrogativas públicas; puede no sólo vulnerar derechos fundamentales, sino actuar con detrimento al patrimonio público, o con desconocimiento de los principios de transparencia, moralidad administrativa, publicidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia administrativa, conforme al artículo 209 del CDU. Finalmente, es importante precisar que la responsabilidad disciplinaria del interventor como sujeto contractual disciplinable, se inicia partir del día en que se suscribe el acta de iniciación del contrato estatal que va a intervenir, pero que al responder como particular se le aplica las faltas disciplinarias previstas en el artículo 55 del CDU, respondiendo sólo por faltas disciplinarias gravísimas, su único juez natural es la PGN y sus sanciones son multas de diez a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer funciones públicas y suscribir contratos con el Estado de uno a veinte años.

TÍTULO CUARTO

**EL JUZGAMIENTO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN LA ETAPA
POSTCONTRACTUAL GENERADAS EN LAS DISTINTAS FORMAS DE
LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**

Es necesario precisar que la fase o etapa postcontractual o de liquidación del contrato, tiene como fin establecer con certeza los alcances de la ejecución de las distintas estipulaciones contractuales, tendientes a declarar la terminación del mismo, pero no la extinción de las obligaciones que surgieron de su celebración y ejecución, ya que si un contrato se liquida ello implica que las partes no tienen obligaciones distintas a las que se desprenden del acta de liquidación del contrato como de las garantías ofrecidas respecto de las prestaciones u objetos contractuales ejecutados.

Así, las obligaciones que surgen de un contrato no se extinguen con la liquidación del mismo, sino al vencimiento de las garantías ofrecidas y de la extinción de las obligaciones postcontractuales. De allí, que sea muy importante señalar, que los contratos estatales no terminan normal o anormalmente, pues es evidente que la terminación de un contrato por la ejecución de su objeto, o la terminación anticipada del mismo por terminación unilateral o declaración de la caducidad administrativa, no constituya una terminación normal o anormal del contrato, ya que las partes suscriben el contrato estatal para cumplir y no para incumplir; de todas maneras, la ley tiene previstas unas causales para la terminación de este, dentro de las cuales están las de

terminación por ejecución de su objeto, como las de terminación por causas distintas a la ejecución del mismo, pero que al estar previstas es una eventualidad que se puede dar, y que no resulta anormal si ella se presenta porque el legislador así lo previó.

Ahora bien, podemos hablar de terminación legal-anticipada del contrato estatal por causales previstas en la ley, y de terminación convencional del contrato por la ejecución de su objeto dentro del plazo a que estaba obligado. La terminación legal anticipada, se presenta en los siguientes casos:

- a) Por terminación del contrato por mutuo acuerdo;
- b) Por terminación unilateral del contrato estatal por parte de la administración;
- c) Como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa del contrato estatal; y
- d) Por declaración judicial.

De mutuo acuerdo, ocurre cuando en virtud del principio de derecho privado de la autonomía de las partes, han decidido dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo cuando se dan las causales previstas en el artículo 17 del ECE, que aunque están previstas para que la administración contratante haciendo uso de una cláusula excepcional de por terminado el contrato unilateralmente, así mismo prevé que para garantizar el debido proceso la administración debe llamar al contratista para que por mutuo acuerdo den por terminado el

contrato estatal, y si éste no acepta es cuando la administración se habilita para tomar la decisión unilateralmente.

Igualmente, la terminación del contrato estatal, es una consecuencia de la declaración de caducidad administrativa que hace el contratante estatal, cuando el contratista ha incurrido en un incumplimiento grave que evidencia la paralización o interrupción de la ejecución de la obra o de la prestación del suministro de bienes y servicios que constituyen el objeto del contrato.

De otra parte, el contrato se puede dar por terminado por decisión judicial del juez competente, es decir, ya sea el juez contencioso administrativo o el juez ordinario según el régimen jurídico aplicable al mismo.

En este caso, el juez en la sentencia puede disponer que se de por terminado el contrato si alguna de las partes incurrieron en alguna causal de incumplimiento del contrato que de lugar a ella, o porque se presente el mutuo disenso tácito, que no es otra cosa que el incumplimiento mutuo de las partes de las estipulaciones contractuales, evento en el cual igualmente el juez lo puede dar por terminado aún dentro del plazo del mismo, o porque el juez competente declare nulo el contrato, evento este en el que la terminación es consecuencia de la declaración judicial.

El contrato estatal, igualmente se puede dar por terminado convencionalmente, y se presenta cuando las partes del contrato han ejecutado su objeto cumpliendo mutuamente las estipulaciones en los términos establecidos, y dado que se culminó con la ejecución del objeto

del mismo, las partes proceden a liquidarlo, con el fin de fenecerlo, es decir, es abrir un rubro de pasivos y activos en el contrato, y la administración al establecer la calidad y cantidad del objeto del contrato ejecutado, los precios y su revisión, las mayores cantidades de obras autorizadas previamente que por ser indispensables e inescindibles del objeto principal del contrato requieren su ejecución, con la condición que no se pudieran prever al momento de la apertura del proceso de selección; así como también la evaluación de las cantidades, calidad y precios de los contratos adicionales suscritos, la vigencia de las garantías, su alcance de cobertura, y el cobro de las multas y la efectividad de las cláusula penal pecuniaria, en los eventos en que se hayan impuesto, y el contratista no las haya cancelado.

CAPÍTULO PRIMERO

**DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL, DE LA SOLUCIÓN DE LAS
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y EL DERECHO DISCIPLINARIO**

1. Liquidación del contrato por mutuo acuerdo, unilateral y judicial.

La liquidación del contrato, conforme al artículo 60 del ECE, tiene como objeto definir con certeza jurídica, cuáles son las obligaciones de cada una de las partes de allí en adelante, y es como en el acta se deja constancia de los rubros a favor de la administración y del contratista, las compensaciones a que haya lugar, el pago de las prestaciones que la administración contratante le deba al contratista y viceversa, dejando expresa constancia que luego de la ejecutoria de la liquidación, surgen otras obligaciones para el contratista y es que mientras estén vigentes las garantías y conforme a lo previsto en el contrato, el contratista debe responder por la calidad de los bienes y servicios contratados, así como de la estabilidad de la misma, y la responsabilidad civil extracontractual frente a terceros en los eventos en que ocurra el siniestro, es decir, si por causa de la mala calidad de los bienes, servicios y obras, se acusa daño patrimonial al Estado o a un tercero.

Siendo la liquidación del contrato estatal, el acto por el cual se determina la ejecución de las estipulaciones contractuales en relación con un objeto contractual complejo, sometido a plazos, ya a precios global o unitario, pero con cargo a cantidades de obras, bienes y servicios contratados, es evidente que sólo requiere de liquidación aquellos contratos que conforme al artículo 60 del ECE son de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución o cumplimiento

se prolongue en el tiempo, tales como el de obra, suministro de bienes y servicios, ya que en estos contratos de manera excepcional y previa justificación se puede hacer anticipos o pagos anticipados en donde uno u otro es hasta por el cincuenta por ciento y son excluyentes.

No así ocurre con los contratos de ejecución instantánea, tales como el de compra y venta de bienes muebles e inmuebles, de servicios como de mantenimiento instantáneo, en los que no se pueden pactar anticipos ni pagos anticipados. No obstante, el artículo 60 Ibídem, señala que además de los contratos de tracto sucesivo, se pueden liquidar aquellos que lo requieran de acuerdo a la naturaleza de su objeto, lo que quiere decir, que aún los de ejecución instantánea se pueden liquidar si de acuerdo a la naturaleza, calidad y cantidad de bienes se requiere.

La liquidación del contrato estatal en cuanto al procedimiento para realizarla, puede ser convencional, legal y mixto. La liquidación convencional consiste en que las partes del contrato una vez terminó la ejecución del objeto del contrato en los términos previstos en el mismo o en los pliegos de condiciones o términos de referencia, proceden a liquidarlo de mutuo acuerdo; mientras que la liquidación legal es aquella que se produce unilateralmente en cualquier etapa del proceso si se dan las causales para darlo por terminado de manera anticipada, o porque habiendo culminado la ejecución del objeto el contratista no se presentó a liquidar el contrato de mutuo acuerdo, evento en el cual la administración lo hace unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término convenido en el contrato o en su defecto al vencimiento de los cuatro meses previstos en la Ley.

Pero si ninguna de las partes procede a liquidar el contrato de mutuo acuerdo, o la

administración no lo hace unilateralmente, surge otra forma legal de liquidar el contrato, y es que mediante la acción de controversias contractuales conforme al artículo 87 del C.C.A y el C.P.C cualquiera de las partes puede solicitarle al juez competente la liquidación judicial, evento en el cual el demandante debe en las pretensiones de la demanda hacer la liquidación del contrato para que el juez en la sentencia se la apruebe o impruebe o le haga los ajustes del caso, ya que si esto no es así la sentencia no pondría fin al pleito, porque si el juez ordena a la administración a que realice la liquidación con la intervención de peritos, allí surge otro pleito. La liquidación mixta del contrato por su parte, es la combinación de la liquidación unilateral que acepta el contratista de manera parcial, o la liquidación parcial de mutuo acuerdo, con la liquidación judicial, es decir, en cualquiera de los dos eventos la liquidación unilateral que acepta el contratista parcialmente extingue las obligaciones que surjan de ella y por tanto las reclamaciones a las mismas, y en aquello que no acepta puede proceder a su reclamación judicial.

El término para la liquidación convencional o de mutuo acuerdo, es el determinado en el mismo contrato o en los pliegos de condiciones o términos de referencia; el de la liquidación judicial conforme al artículo 136 del C.C.A es el término de la acción contractual, ya que en las relativas a contratos el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
- c) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;
- d) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

La liquidación unilateral del contrato, de conformidad con el artículo 60 del ECE, se debe hacer antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que lo disponga; sin embargo, la administración una vez vencido estos cuatro meses, por disposición del artículo 136 del C.C.A, modificado por la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 cuenta con dos meses mas para proceder a la mencionada liquidación. En el acto de liquidación se debe dejar constancia de los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo, pero deberá exigir al contratista la extensión o ampliación de las pólizas si es el caso, de la garantía de la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posteridad a la extinción del contrato.

De otra parte, encontramos que si bien existen términos para la liquidación del contrato, esto no implica que la administración no pueda hacerlo después de vencido este y siempre que no haya vencido el término de caducidad para demandar judicialmente la liquidación, pues si ya caducó la acción y por esta vía no puede reclamarse las prestaciones que surjan de ella, tampoco se puede hacer mediante conciliación prejudicial como tampoco voluntariamente por la administración unilateralmente. Otra cosa, es que la omisión de no liquidar el contrato dentro del término legal haga incurso al contratista estatal en falta disciplinaria gravísima, pero

ello es sin perjuicio de la facultad de hacerlo aún dentro del término de la acción contractual, siempre que no se haya hecho la liquidación de mutuo acuerdo dentro del término de cuatro meses previsto en la ley o dentro del término convenido por el mismo contrato y la entidad no haya liquidado el contrato de manera unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término de liquidación de mutuo acuerdo. Lo anterior indica que la entidad cuenta con cuatro meses para el mutuo acuerdo, dos meses para la liquidación unilateral y dos años para la liquidación judicial, sin perjuicio que dentro de esos dos años se realice de mutuo acuerdo o de manera unilateral, conforme al artículo 141 de la ley 1437 de 2011.

2. De la solución controversias contractuales y el derecho disciplinario.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993, dispone los distintos mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. A respecto debo señalar, que el arreglo directa como fórmula implícita en todos los contratos para solucionar las controversias contractuales, es una herramienta que permite tomar decisiones contractuales, tales como la interpretación, modificación, terminación del contrato de mutuo acuerdo. Así mismo, el arreglo directo permite suscribir las actas modificatorias, mayores cantidades de obra, adiciones, mayores cantidades de obra, la suscripción de compromisos, prórrogas, suspensión del contrato etc.

Sin embargo, mi consejo profesional es que en tratándose de arreglo directo para resolver controversias de carácter económico, si bien la Ley lo dispone, por generar incertidumbre jurídica frente a los ojos del operador disciplinario, para no quedar la suerte jurídica de quienes intervienen en esa actuación, lo sugerible es que todas las controversias que impliquen

modificaciones al contrato inicial o reconocimientos de prestaciones económicas sean llevadas a conciliación prejudicial y su posterior aprobación del juez administrativo.

Aquí se presenta un problema práctico y es que el arreglo directo permite tomar medidas eficaces y en oportunidad, mientras que si se somete a conciliación prejudicial el tiempo que se toma la diligencia podría conducir a que la medida sea inoportuna. Pero ese es nuestro sistema jurídico, ese argumento después en el evento en que se tome la decisión por arreglo directo, no es justificación que los órganos acepten como justificación. Recordemos que los órganos de control fiscal, penal y disciplinario, tienen la mejor posición jurídica frente a la actuación, y se trata la de juzgar y creer siempre que el funcionario público se equivocó y se creen con la autoridad técnica o de gestión para afirmar en sus providencias cual incluso fue la decisión que debió tomar el funcionario. El Congreso de la República tendrá que legislar en este sentido, pues hoy los órganos de control cuando actúan de manera preventiva opinan y posteriormente cuando actúan en desarrollo de la acción penal, fiscal y disciplinaria en ocasiones desconocen los conceptos emitidos en desarrollo de la función preventiva.

Las conciliaciones prejudiciales y judiciales, ofrecen la mayor certeza jurídica en tanto a demás de las partes contratantes, interviene el Ministerio Público y el juez administrativo, y el riesgo disminuye. En tratándose de amigables componedores y de arbitramentos técnicos, únicos o tribunales de arbitramentos, igualmente existe incertidumbre jurídica en cuanto a los asuntos sometidos a estos mecanismos de solución de controversias contractuales, aunque el mayor riesgo se presenta en los COMPROMISOS, ya que se trata de un mecanismo no previsto en el contrato y se presenta luego de que se presenta la controversia y las partes acuerdan someterlo a

un tribunal de arbitramento. Este último, genera la mayor incertidumbre desde la lupa de los órganos de control penal y disciplinario, que siempre ven con lupa los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero como el Estado debe actuar en oportunidad, y responder frente a la dinámica de la ejecución de los contratos, no siempre los jueces administrativos y el Ministerio Público intervienen en oportunidad cuando se trata de tomar una medida que deba implementarse durante la ejecución del contrato.

En ocasiones los servidores públicos, frente a la incertidumbre que le genera tomar una decisión contractual, optan por pecar por omisión y no por acción, pero el órganos penal, fiscal y disciplinario frente a este asunto son implacables, en uno u otro sentido siempre en sus decisiones no se limitan a juzgar el comportamiento de que se ocupa su investigación o proceso, sino que además reemplazan a la administración, señalando cual fue la decisión o medida que debió tomar frente al complejo tema de la contratación estatal.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

Por regla general, todos los contratos de tracto sucesivo requieren de liquidación, pero excepcionalmente existen otros de ejecución instantánea que conforme a la naturaleza del objeto del contrato, la calidad de los bienes y servicios, pueden requerir su liquidación, sobre todo en aquellos casos en que luego del suministro del bien y el servicio, están sometidos a la revisión de su calidad, funcionamiento, instalación, capacitación y mantenimiento. En este último caso, es la administración la que dispone en los términos de referencia, en los pliegos de condiciones, o en el contrato con formalidades o sin formalidades plenas, si el contrato siendo de ejecución instantánea requiere de liquidación.

La liquidación es importante, porque es la oportunidad que tienen las partes para evaluar la ejecución del contrato, y establecer los paz y salvos para los sujetos contractuales, así como para dirimir los conflictos que surjan con ocasión de la celebración y ejecución del contrato, como para extinguir las obligaciones de ejecución del contrato, quedando pendiente la de estabilidad, calidad y garantía de la obra, bienes o servicios suministrados. Es la definición de la fecha, a partir del cual empieza a responder el contratista y su garante por el objeto del contrato suscrito, ejecutado.

Precisamos, que el contrato estatal se liquida conforme al artículo 60 del ECE, para aquellos contratos sometidos a este régimen, pero para los contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993, también se aplica siempre que en el régimen especial de contratación no se disponga una forma distinta de liquidarlos, ya que a falta de norma especial aplicamos el principio de solución de

las antinomias jurídicas conocido como principio de especialidad, previsto en la Ley 153 de 1887.

Los contratos estatales, se pueden liquidar de varias formas a saber: La Liquidación convencional, la legal o la mixta. La convencional consiste en la liquidación bilateral de mutuo acuerdo, que procede dentro de los términos previstos en los pliegos de condiciones, términos de referencia o en el mismo contrato estatal, y procede o porque estando el contrato en ejecución de conformidad con el artículo 17 del CDU, se da por terminado por mutuo acuerdo, o como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa, o de terminación unilateral conforme al artículo 44 y 45 del CDU conocido como autotutela declarativa; o porque habiendo terminado la ejecución del objeto del mismo, las partes acuden a la liquidación bilateral.

La liquidación legal del contrato, procede igualmente o porque estando en ejecución del contrato venció el término previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia para proceder a liquidarlo por mutuo acuerdo; o porque habiéndose ejecutado el objeto del contrato la administración deja vencer los primeros cuatro meses para liquidarlo, mas los dos meses adicionales que le concede el artículo 136 del C. C. al artículo 60 del ECE; y entonces la administración procede a realizarla para luego someterla a aprobación mediante acto administrativo debidamente motivado por parte de la misma administración y la liquidación judicial, en el evento en que no se pusieren las partes de acuerdo para hacerlo de mutuo acuerdo y la administración tampoco lo haga unilateralmente, entonces se acude ante el juez competente. Por su parte la liquidación mixta, consiste en que cuando se hace por mutuo

acuerdo de manera parcial, entonces en las partes donde no haya acuerdo los contratantes deciden someter la liquidación a conocimiento del juez competente; o cuando existe liquidación unilateral y el contratista particular no la acepta, entonces decide demandar la liquidación unilateral ante el juez del contrato del conocimiento.

Es importante señalar, que ante la ausencia de faltas disciplinarias específicas en materia de liquidación del contrato, acudimos a las genéricas del artículo 48 del CDU, y sólo ante esta ausencia es que debemos trasladarnos al Código Penal en virtud del artículo 48, numeral 1º Ibídem. En cuanto al término de prescripción de las faltas disciplinarias contractuales, debemos tener en cuenta que en materia de contratación estatal una cosa es el plazo y otra es la vigencia, pues el primero hace relación al lapso cronológico determinado en días, semanas o meses dentro del cual se va a ejecutar el objeto del contrato, mientras que la vigencia va mucho mas allá y comprende la liquidación del contrato, pero se extiende hasta la vigencia de las pólizas para amparar la estabilidad y garantía de la calidad de los bienes y servicios contratados.

De allí, que la fecha a partir de la cual se va a contar el término de prescripción de la falta, se cuenta de manera individual a partir de la ocurrencia de la conducta contractual sin que se deba tener en cuenta la fecha de la firma del contrato, esto es, en la falta de ejecución instantánea se comienza a contar el término de prescripción desde el mismo día de su ocurrencia sin importar la fecha de suscripción o de liquidación del contrato; pero en aquellas de tracto sucesivo o de carácter continuado se comienza a contar el término de prescripción a partir del último acto constitutivo de la falta. El problema frente a la seguridad jurídica del investigado, es cuando el acto es de ejecución sucesiva y sigue cometiéndose sin que se pueda establecer cuál es el último

acto constitutivo de la falta, entonces en este caso aplicamos la teoría de la prescripción sucesiva en cuanto como cada día que ocurre se sigue cometiendo la falta sin tener certeza de cuando va ser el último acto constitutivo, es preciso que el operador jurídico a partir de la prueba que tenga de que cronológicamente la falta se siga cometiendo, procede a juzgar las ocurridas cinco años atrás, como ocurre en el juzgamiento del enriquecimiento ilícito como falta disciplinaria.

El acto de liquidación del contrato, es la actuación administrativa que demanda la mayor responsabilidad, en tanto es la declaración bilateral, unilateral de la administración o judicial, de establecer las cargas que deben asumir cada uno en razón y con ocasión del contrato estatal, así como la declaración de que el contrato estatal se ha desarrollado conforme al ordenamiento jurídico y que cumple con los fines previstos en los planes de desarrollo y el presupuesto, salvo que ocurran en el funcionamiento de la obra, bien o servicio alguna siniestralidad. De allí, que las conductas que por vía de acción u omisión causen detrimento patrimonial al Estado, constituyan falta disciplinaria gravísima, siempre que la conducta esté revestida de ilicitud sustancial es decir se haya incurrido en la infracción al deber de actuar o de abstenerse de hacerlo sin justificación alguna.

CAPÍTULO SEGUNDO

**EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO POR FALTAS CON OCASIÓN DE
DETRIMENTO PATRIMONIAL DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO Y
LAS GARANTÍAS CONTRACTUALES**

El estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios de las mismas, son los encargados de definir los lineamientos para el manejo de las garantías en la contratación estatal; sin embargo, los contratos por los cuales se derivan las garantías para los contratos estatales se encuentran regulados en el derecho privado, en principio a través del Código Civil y por supuesto en el Código de Comercio, donde se definen específicamente las pautas y políticas relacionadas con el contrato mercantil de seguro, normas a las que se debe acoger la gestión pública en todos aquellos casos sobre los que no puntualice el mencionado estatuto.

Es justamente en el artículo 1061 del Código de Comercio donde se precisa que la garantía es una “promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho” y se agrega que la misma “deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella” y “podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla”. Dado esto, y teniendo en cuenta la importancia de proteger los bienes del patrimonio público, surge la gran necesidad de que las entidades estatales soliciten la expedición de garantías contractuales que avalen las obligaciones adquiridas por los particulares.

En consecuencia, toda persona natural o jurídica que haya celebrado un contrato con entidad estatal alguna o que este participando en un proceso de contratación, exceptuando los casos que se mencionan en el artículo 8° del Decreto 4828 de 2008 y que se tratarán en el numeral 7 de este capítulo, deberá expedir a favor de la entidad contratante póliza mediante la cual se garantice además del cumplimiento del objeto contratado, todas aquellas obligaciones que surjan a propósito del mismo como puede ser la responsabilidad civil extracontractual; estas garantías deberán tomarse conforme lo reglamentado, en cuanto a criterios definidos con base en la naturaleza del contrato, el monto de la póliza o porcentaje de cobertura y la suficiencia de la misma en el objeto y vigencia; y conforme a los mecanismos de cobertura del riesgo estipulados.

Teniendo en cuenta que en la contratación estatal desde el momento mismo en que se hace la apertura de un proceso, se está expuesto a una serie de riesgos, es de gran importancia realizar análisis previos que permitan identificarlos y asignarlos a las partes, esto con el fin de solicitar al proponente o contratista su amparo mediante pólizas adecuadas, puesto que de no ser así, en caso de presentarse un evento aleatorio que no se encuentre amparado o que lo esté pero las garantías no hayan sido constituidas a satisfacción, será la administración quien deba asumir las cargas económicas derivadas; conforme a esto, es de amplio conocimiento que todo gasto que según lo reglamentado deba ser atribuido a un particular y por acción u omisión de un funcionario de la entidad estatal deba ser asumido por la misma, constituye detrimento al patrimonio público.

Sin embargo, debe tenerse presente que no siempre el papel del Estado en los contratos mercantiles de seguro es como beneficiario o asegurado, y pese a no ser el objeto de estudio de este documento, se hará claridad en lo pertinente al particular. A saber, las entidades estatales garantizarán la protección de sus bienes e intereses mediante contratos de seguro en calidad de tomador y beneficiario, para lo que se apegará a lo estipulado en el estatuto comercial colombiano exceptuando los casos que se reglamenten específicamente en decreto o ley relacionada.

El marco jurídico relacionado con las garantías en los contratos estatales es bastante amplio, el tema en particular se ha venido regulando incluso previamente a la expedición de la Ley 80 de 1993 y fue expedido recientemente un nuevo régimen legal en materia de garantías contractuales; sobre ambos temas, el desarrollo normativo histórico y el nuevo régimen legal, volveremos mas adelante.

A continuación, se abordará en detalle todo lo relacionado con las garantías contractuales, las propiedades del contrato de seguro como respaldo a la contratación que realiza el Estado con terceros ya sea por la prestación de servicios o por la ejecución de un contrato en particular; todo o anterior, de la mano de la responsabilidad fiscal derivada.

1. Las garantías en el Derecho Colombiano.

En términos generales de los contratos mercantiles de seguro en Colombia, los lineamientos están dados por el Código de Comercio, el cual contiene en el Título V del Libro Cuarto la

regulación respectiva, pero teniendo en cuenta que tal Estatuto fue expedido hasta 1971 mediante el Decreto No.410 del 27 de marzo del mismo año, cabe preguntarse por el funcionamiento de la actividad aseguradora antes de esta fecha; y aún después, teniendo en cuenta los cambios sustanciales que se han presentado en la actividad comercial tanto nacional como internacional en estos 38 años posteriores y que indefectiblemente desencadenan cambios normativos, y no solo en el derecho privado sino también en el público, puesto que de igual forma la Ley 80 de 1993 que regula la contratación estatal ha enfrentado varias revisiones, modificaciones y reglamentaciones. El objeto entonces de esta unidad es hacer esa revisión de la legislación relacionada con las garantías previa y posteriormente a la expedición del Estatuto Comercial Colombiano y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En 1972, al entrar en vigor el actual Código de Comercio, quedaron derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados mediante Ley 57 de 1887 y las leyes y decretos relacionados con la materia que regulaban la actividad comercial en el país; sin embargo, en el marco de los contratos de seguros la actividad fue regulada de acuerdo a la legislación española aún mucho tiempo después de la Independencia por contener ésta disposiciones específicas en el tema de los seguros. No obstante, más adelante se adoptó para la Nación lo estipulado en materia de contrato de seguro en el Código de Comercio de Panamá, vigente de igual forma hasta la expedición del Decreto No.410 de 1971.

Veamos entonces, en orden cronológico las leyes y decretos que han incluido modificaciones y han reglamentado lo definido en los Estatutos Comercial y Contractual en cuanto a los contratos mercantiles de seguro.

Decreto No.222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. En el artículo 25 se dictan los requisitos de constitución y aprobación de garantías, en el 36 definen actuaciones respecto al incumplimiento en la seriedad de la propuesta y en el 37 se define que al adjudicatario se le devolverá el depósito o la garantía de seriedad de la propuesta cuando esté perfeccionado el contrato.

Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. En el Título II. De la actividad aseguradora, se dictan lineamientos para el ejercicio de la actividad comercial

Ley 35 de 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Se dictan entre otras, algunas disposiciones sobre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en especial el artículo 25 num. 19 dicta disposiciones sobre la prestación de garantía única por parte de los contratistas.

Decreto No.679 de 1994. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. En los artículos 16 al 19 se dictan disposiciones con relación a la garantía única.

Ley 389 de 1997. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, se estipula la consensualidad del contrato de seguro y sus medios de prueba.

Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades regulación de la actividad comercial, se dictan algunas disposiciones sobre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Decreto No.2172 de 2001. Por el cual se modifica el parágrafo del artículo 18 del Decreto No. 679 de 1994 sobre la aprobación de las garantías.

Decreto No.280 de 2002. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993, sobre garantía única.

Decreto No.2790 de 2002. Por el cual se reglamenta parcialmente el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sobre garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la

transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. En el artículo 7o. De las garantías en la contratación, se definen disposiciones y excepciones al otorgamiento de las mismas.

Decreto No.2474 de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. En los artículos 3° y 6° se define la exigencia de las garantías en los estudios y documentos previos y entre los contenidos mínimos del pliego de condiciones. En los artículos 19 y 74 se incluyen algunas excepciones al otorgamiento de las garantías.

Decreto No.4828 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Disposiciones generales en materia de garantías contractuales.

Decreto No.490 de 2009. Por el cual se modificó el artículo 28 del Decreto No.4828 de 2008, sobre la adecuación de las pólizas a las disposiciones del Decreto No.4828 de 2008.

Decreto No.2493 de 2009. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto No.4828 del 24 de diciembre de 2008, en su artículo 7° sobre la suficiencia de la garantía, artículo 9° sobre el principio de indivisibilidad de la garantía, y otras modificaciones sobre la póliza de responsabilidad extracontractual y el pago de la indemnización.

2. De las garantías en el contrato estatal.

En el Estatuto Comercial Colombiano, se define la garantía mediante el artículo 1061 como “la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho”, haciendo salvedad en que la misma será de obligatorio cumplimiento y quedará expresada a través de una póliza u otro documento determinado.

En lo referente al contrato estatal, las garantías, definidas también en el Decreto No.4828 de 2008 como *mecanismos de cobertura del riesgo*, son las herramientas a través de las cuales los oferentes y contratistas entregan a la entidad contratante amparo por los eventuales perjuicios que se causen por incumplimientos con relación al ofrecimiento realizado, con las obligaciones del contrato como tal y las derivadas de éste, se ampara a los terceros de perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual del contratistas y sus subcontratistas, y demás riesgos que la entidad determine, haciéndose claridad en que cuando se trate de un proponente plural se otorgará garantía por parte de todos los integrantes (Art. 2º). Los mecanismos de cobertura mencionados se pueden otorgar a través de pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores o depósito de dinero en garantía, por los montos, la vigencia y la cobertura definidos por la entidad de acuerdo a los riesgos a cubrir derivados del objeto, naturaleza y características del contrato; con excepción del amparo por responsabilidad extracontractual que solo podrá hacerse mediante póliza de seguro (Art. 3º).

En el artículo 4° del mismo Decreto se definen los riesgos que deben ser amparados con los mencionados mecanismos de cobertura para cada una de las etapas del contrato, incluido el amparo por responsabilidad extracontractual, que busca proteger a la entidad de reclamaciones hechas por terceros que puedan sufrir perjuicios por hechos u omisiones de contratistas y sus subcontratistas; en detalle lo definido en este artículo se estudiará a continuación en cada una de las etapas. No obstante, la entidad estará en facultad de incluir los demás riesgos que según las características del contrato y el análisis de riesgo respectivo considere deben ser amparados por el contratista

Estos mecanismos de cobertura del riesgo, deberán ser revisados y aprobados oportunamente por la entidad pública, tal como se estableció en principio en el artículo 18 del Decreto 679 de 1994 y se ratificó en el Decreto 4828 de 2008, donde se estipula en el artículo 11 que previamente a que se inicie la ejecución de un contrato se deberá verificar que la garantía otorgada este conforme a lo estipulado legal y contractualmente para poder aprobar la misma.

2.1 La Garantía Precontractual.

Esta clase de garantía se encarga de proteger a la entidad pública en los casos en que el proponente una vez le fuere adjudicado el contrato decidiera no sostener el ofrecimiento realizado, es entonces, un amparo de seriedad de la oferta que conforme al artículo 4° del Decreto 4828 aplica cuando se dan casos como:

La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

Por otro lado, aparte de la suficiencia en el objeto y en los términos para la vigencia de éste amparo, en el artículo 7º de la misma norma se definen adicionalmente los criterios de determinación de la suficiencia de la misma con relación al porcentaje de cobertura, definido con base en el presupuesto estimado para el contrato, así:

El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en los pliegos de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta

la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre uno (1.000.000 SMLMV) y cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000.000. SMLMV), exclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos punto cinco por ciento (2.5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre cinco (5.000.000 SMLMV) y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000. SMLMV), inclusive, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al uno por ciento (1%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto exceda de diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000. SMLMV), el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto oficial estimado.

Se reitera, como ya se ha mencionado en este capítulo, que la suficiencia y demás condiciones de las garantías deberá ser verificada por la entidad pública correspondiente, para el caso de esta clase de amparos, **so pena** de que la propuesta sea rechazada, deberá hacerse entrega de la garantía de seriedad simultáneamente con la entrega de dicha propuesta, y tendrá que contar con la aprobación por parte de la entidad contratante en el momento en que se realice la evaluación de las ofertas.

2.2 La Garantía Contractual o Garantía Única.

Conforme lo estipulado en el artículo 4° del Decreto No.4828, el contratista deberá otorgar mecanismo de cobertura del riesgo que ampare el incumplimiento por parte de éste, de las obligaciones definidas en el contrato, y con ocasión de los perjuicios que estos incumplimientos deriven en el patrimonio público. Se amparan de acuerdo a la misma norma los riesgos definidos a continuación:

2.2.1 Cumplimiento.

Con relación a este amparo se establecen en los decretos No.4828 de 2008 y No.2493 de 2009, algunos lineamientos en cuanto al objeto de dicho amparo y a la suficiencia de la vigencia y el porcentaje de cobertura correspondiente según los criterios expuestos.

Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.

2.2.2 Buen Manejo, correcta inversión del Anticipo y Pago Anticipado.

En lo respectivo a los amparos por buen manejo y correcta inversión del anticipo y el de devolución del pago anticipado, es igualmente a través de los decretos 4828 de 2008 y 2493 de 2009, donde se establecen los lineamientos en cuanto al objeto, la vigencia y el porcentaje de cobertura de los riesgos, a saber:

El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

El valor de esta garantía –**Buen manejo y correcta inversión del anticipo**– deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo,

en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

El valor de esta garantía – **Pago anticipado**- deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o en especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

2.2.3 Pago de Salarios y Prestaciones Sociales.

Respecto a este amparo, y conforme a lo dispuesto en las normas mencionadas, Decretos No. 4828 de 2008 y 2493 de 2009, se definen los criterios conforme a los cuales se otorgará la garantía a la entidad contratante, así:

El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

El valor de esta garantía no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y tres años más.

2.2.4 Calidad de bienes o servicios.

En cuanto a la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la administración a través del contrato que corresponda, y conforme a lo estipulado en los decretos 4828 de 2008 y 2493 de 2009, se definen las condiciones en el objeto, vigencia y cobertura de las garantías de la siguiente manera:

El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

El valor de estas garantías – calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados- se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

Su vigencia deberá establecerse con sujeción a los términos del contrato, y deberá cubrir por lo

menos el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.

El valor y la vigencia de estas garantías – Calidad del servicio- se determinarán en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

2.2.5 Pólizas de Estabilidad durante la Ejecución del Contrato.

En relación a la estabilidad de las obra, encontramos que la estabilidad debe garantizarse durante la ejecución del contrato y luego de la entrega de la misma y liquidación del contrato. Durante a ejecución del contrato, encontramos que la estabilidad de las obras debe garantizarse de dos maneras: Si durante la ejecución del contrato se van entregando los tramos en la medida en que se vayan terminando la construcción de cada uno de ellos durante el plazo del contrato, observamos que la entidad puede exigir la reparación directa por parte del contratista, de los tramos en donde ocurra siniestralidad, o hacer efectiva la garantía correspondiente.

Así encontramos que mientras el contrato no se haya liquidado, la entidad puede exigir al contratista la reparación de los daños que se ocasionen durante la ejecución de las obras, en tanto el contratista aún está en posibilidad de reparar las obras, sopena de que haga efectiva la garantía para que sea la aseguradora que repare los daños o pague a la Entidad el valor de las reparaciones. Pero la liquidación del contrato es la oportunidad, para que el contratista haga las reparaciones que requiera la obra e incluíralas en el acta de liquidación del contrato. Una vez liquidado el contrato, y quedando la obra en manos de la administración contratante de allí en adelante la entidad mientras esté vigente la garantía de estabilidad, le hará seguimiento a la

estabilidad de las obras con la finalidad de exigir las reparaciones al excontratista, o hacer efectiva la garantía de estabilidad de las obras cuando la causa eficiente del siniestro sea imputable al contratista.

Las acciones u omisiones de los servidores públicos serán falta disciplinaria, cuando quiera que existiendo el siniestro no exijan las reparaciones al contratista, o no aplique la garantía de estabilidad de las obras, o una vez ejecutoriado el acto administrativo no haga efectivo su cumplimiento, o no haga efectiva la aplicación de la garantía dentro del término de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho que da lugar al siniestro, esto que deje prescribir la potestad pública de hacerla efectiva, esto es, si vencida la garantía, y habiendo ocurrido dentro de ella el siniestro de todas maneras la administración cuenta con dos años amparadas por esa garantía para declarar el siniestro.

2.3 La Garantía Postcontractual.

Una vez terminada la ejecución del contrato de obra, y en los demás contratos que por su naturaleza lo ameriten, el contratista correspondiente deberá constituir mecanismo de cobertura del riesgo en favor de la entidad estatal contratante para efectos de garantizar la estabilidad y calidad de la obra entregada a satisfacción por el contratista. Se define en el artículo 4° del Decreto No.4828 de 2008 que “el amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.”

En el caso de los contratos de obra, las entidades deberán implementar procedimientos para el seguimiento a todas las obras con póliza de estabilidad y calidad vigente, lo anterior mediante la realización de visitas de seguimiento periódicas a través de las cuales se determine el estado de las mismas, deben identificarse los puntos en que las obras hayan sufrido afectación alguna, y en los casos en que ésta afectación sea imputable al contratista de la obra, la entidad pública esta en la obligación de notificar en primera instancia a éste con el fin de solicitarle se haga cargo de las reparaciones necesarias en procura de restablecer las condiciones originales de la obra; en caso de que sin una justificación válida técnica y jurídicamente el contratista se niegue a realizar las reparaciones a los daños imputados, la entidad debe proceder con la respectiva resolución de aplicación de la garantía de estabilidad y calidad de las obras otorgada por el particular con el fin de que sean subsanados los daños en las obras.

Con relación a la suficiencia de esta garantía, en cuanto a su objeto, la vigencia del amparo y el porcentaje de cobertura requerido, se define en el decreto 2493 de 2009 que “el valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. Su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.”

2.4 La Garantía por Responsabilidad Extracontractual.

El artículo 5° del Decreto No.4828 de 2008 se refiere al cubrimiento de los riesgos más allá del incumplimiento de las obligaciones estipuladas del proponente y contratista en el contrato estatal, se dispone así, que “la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista”, de igual forma cuando éste acuda a la subcontratación para cumplir con el objeto del contrato deberán cubrirse en las mismas condiciones los perjuicios que deriven de hechos u omisiones de los últimos, ya sea que el amparo se incluya en la garantía tomada por el contratista o que se constituya una propia.

Las pólizas por responsabilidad extracontractual deben constituirse con base en los requisitos dispuestos en el artículo 16 del Decreto No.4828 de 2008, con relación a los criterios definidos a continuación:

2.4.1 Modalidad e intervinientes.

En las pólizas de responsabilidad extracontractual que se contraten con fundamento en este decreto, la delimitación temporal de la cobertura deberá hacerse bajo la modalidad de ocurrencia, sin que resulte admisible establecer, para que haya cobertura, plazos dentro de los cuales deba presentarse la reclamación del damnificado al asegurado inferiores a los términos

de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente. En ellas tendrán la calidad de asegurados la entidad contratante y el contratista, limitado ello únicamente a los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas.

2.4.2 Amparos.

La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener, como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

- (i) Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.
- (ii) Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales.
- (iii) Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.
- (iv) Cobertura expresa de amparo patronal.

- (v) Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.

2.4.3 Mecanismos de Participación en la Pérdida, por parte de la Entidad Asegurada.

En la póliza de responsabilidad extracontractual solamente se podrán pactar deducibles con un tope máximo del diez por ciento (10%) del valor de cada pérdida sin que en ningún caso puedan ser superiores a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV). Las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que conlleven asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada no serán admisibles.

2.4.4 Protección de los Bienes.

De conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante deberá evaluar si con ocasión de la ejecución del contrato existe riesgo de daño para sus bienes. En ese evento deberá exigir a su contratista, en la póliza de responsabilidad extracontractual, la contratación de un anexo de responsabilidad contractual que cubra los daños a esos bienes que se puedan generar con ocasión del contrato. El valor asegurado se establecerá a criterio de la entidad.

Si para efectos del contrato a ejecutar no se requiere póliza de responsabilidad extracontractual, deberá solicitarse la póliza específica que ampare ese riesgo.

Los amparos adicionales señalados en los numerales 2.1 a 2.5 del presente artículo, operarán en exceso de cualquier otro seguro bajo el cual la pérdida respectiva sea indemnizable.

Adicionalmente, en el artículo 1° del Decreto No.2493 de 2009 se definen los criterios mediante los cuales se determinará la suficiencia de la garantía, así:

El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 SMLMV) al momento de la expedición de la póliza. La vigencia de esta garantía se otorgará por todo el período de ejecución del contrato.

En los contratos cuyo valor sea o exceda a un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 SMLMV) el valor asegurado en las pólizas no será inferior a treinta y cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (35.000 SMLMV) y en todo caso no será superior a setenta y cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (75.000 SMLMV).

En el evento en que se deban amparar otros riesgos, el objeto y la suficiencia de la garantía deberán fijarse por la entidad contratante, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la naturaleza de tales riesgos.

En los contratos cuya cuantía exceda de un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 SMLMV), los porcentajes correspondientes a las coberturas señaladas en el presente artículo para la evaluación de la suficiencia de las garantías, podrán disminuirse por la entidad contratante en el pliego de condiciones, siempre y cuando los cambios se encuentren

debidamente justificados y soportados en los estudios y documentos previos. En ningún caso los valores amparados resultantes con la disminución podrán ser inferiores a los mínimos obtenidos al aplicar las reglas señaladas en el presente artículo a un contrato cuya cuantía sea de un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000.000 SMLMV).

Para la garantía de seriedad del ofrecimiento se aplicará lo señalado en el numeral 7.1 del presente artículo.

3. Régimen de garantías en la Ley 1150 de 2007.

La Ley 1150 del 16 de julio de 2007 fue expedida como una reforma al Estatuto Contractual contenido en la Ley 80 de 1993, con el fin de introducir medidas para su eficiencia y transparencia, entre otras disposiciones; y en materia de garantías, se dictaron a través de esta Ley importantes posturas en materia de otorgamiento de la garantía de seriedad de los ofrecimientos y de la garantía única, entre otras medidas generales relacionadas. Sin embargo, muchas de estas disposiciones fueron incluidas de forma más concreta y acertada en decretos subsiguientes como el No.4828 del 24 de diciembre de 2008.

Así pues, revisemos uno por uno los conceptos dispuestos en el artículo 7° de esta ley modificatoria del Estatuto Contractual, a fin de establecer la importancia e impacto que introdujeron en la gestión contractual de la administración pública, a saber:

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del

contrato. Con ésta disposición se conserva el concepto de garantía única establecido en principio en la Ley 80 de 1993.

Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Como un mecanismo para que los contratistas una vez les sea adjudicado el contrato mantengan las condiciones ofrecidas en la propuesta.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Se establecen con esta disposición que adicionalmente a la póliza de seguro, las entidades permitirán otros mecanismos de cobertura del riesgo, los cuales se definen y se regulan en profundidad en el Decreto 4828 de 2008.

Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Confiere esta disposición una protección especial al Estado, por el carácter público de su patrimonio, ya que no obstante las actuaciones indebidas del tomador, no podrá el asegurador revocar o hacer expirar la póliza por el motivo señalado.

El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales. Se da autonomía a la administración para que de la mano de las compañías de seguro se determinen las condiciones particulares aplicables a las garantías contractuales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato. En aquellos casos en que la garantía deba ser dividida, deberá hacerse con fundamento en este concepto pero con base en la regulación realizada por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 2493 de 2009.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. Con el fin de otorgar fuerza ejecutoria a la declaración del incumplimiento del contratista que deriva en la ocurrencia del siniestro, la notificación al asegurador se hará formalmente mediante acto administrativo con las ventajas legales que ello confiere.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento. Debido a las características de los contratos mencionados, se hace innecesaria la solicitud de garantías.

3.1 Régimen de Garantías y sus Desarrollos Reglamentarios: Decretos No. 4828 de 2008 y 2493 de 2009.

Los Decretos referenciados juegan un papel muy importante como complemento de la Ley 1150 de 2007 con relación a las garantías; no en vano, el primero fue expedido con el título de “régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública” y mediante el segundo se establecen algunas modificaciones a dicho régimen.

Se definen en el Decreto 4828 los mecanismos de cobertura del riesgo, tanto en el alcance de cada uno de los amparos cobijados según sean otorgados por el particular en el papel de proponente o como contratista, como las modalidades de cobertura admisibles.

Una de las modificaciones realizadas en el Decreto No.2493 se relaciona con el principio de indivisibilidad de la garantía, definido en principio en el artículo 9º del Decreto 4828, se estipula al respecto que:

En los contratos de obra, operación, concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle en etapas subsiguientes y diferenciadas o para cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato exceda de cinco (5) años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

La garantía así constituida deberá tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la ejecución de la etapa correspondiente. En el evento en que el plazo de

ejecución se extienda deberá prorrogarse la garantía por el mismo término.

Los riesgos cubiertos serán los correspondientes al incumplimiento de las obligaciones que nacen y que son exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente, de tal manera que será suficiente la garantía que cubra las obligaciones de la etapa respectiva.

Los valores garantizados se calcularán con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva.

Antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista está obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente. En todo caso, será obligación del contratista mantener vigente durante la ejecución y liquidación del contrato, la garantía que ampare el cumplimiento. En el evento en que el garante de una de las etapas decida no continuar garantizando la etapa siguiente, deberá informarlo por escrito a la entidad contratante con seis meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente. En caso contrario, el garante quedará obligado a garantizar la siguiente etapa.

En caso de que el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá prever en el mismo, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación.

Cuando se trate de contratos cuyo objeto corresponda a bienes y servicios para la defensa y

seguridad nacional y la contratación reservada del sector defensa y el DAS a que se refieren los artículos 53 y 79 del Decreto 2474 de 2008, el presente artículo se podrá aplicar en forma excepcional cuando el contrato tenga una duración mínima de tres (3) años. En estos casos, las entidades podrán, previa justificación debidamente motivada por parte del representante legal, establecer en los pliegos de condiciones del respectivo proceso de selección, las reglas aplicables para ajustar, disminuir o aumentar correlativamente, los valores garantizados respecto de los amparos de que tratan los numerales 7.4., 7.7., 7.8., y 7.9. del artículo 70, en la medida que se vayan ejecutando las obligaciones respectivas a cargo del contratista. No obstante no ser correlativo el amparo descrito en el numeral 7.2 del artículo 70, este podrá seguir las reglas de amortización. Los ajustes a los valores garantizados no alterarán la vigencia mínima de los amparos establecida en el presente artículo.

En los contratos a que hace referencia el presente artículo, cuando la etapa de operación y/o mantenimiento exceda de cinco (5) años, esta se podrá dividir a su vez en etapas contractuales desde uno (1) hasta cinco (5) años. En tal caso, el valor de la garantía para cada una de esas etapas será determinado por la entidad contratante en los pliegos de condiciones y deberá estar debidamente soportado en los estudios y documentos previos.

Las reglas señaladas en el presente artículo se aplicarán igualmente a las etapas que se establezcan dentro de la etapa de operación y mantenimiento.

4. Control disciplinario al régimen legal de las garantías.

Para ahondar en todo lo que implica el tema del control fiscal a las garantías contractuales, es de gran importancia realizar en principio un breve recuento de las facultades y las obligaciones otorgadas por la ley a la administración estatal, entiéndase entidades y funcionarios públicos, con relación a la materia.

En principio, la decisión de realizar una contratación con recursos públicos se origina por la existencia de una necesidad en particular –ya sea de la comunidad o de la misma entidad-, la cual de acuerdo a algunos programas de priorización y de políticas públicas debe ser atendida; en la misma escogencia de los contratos a llevar a cabo inicia la responsabilidad de la administración, en cabeza desde luego de los funcionarios públicos competentes. Una vez concebido y definido el objeto del contrato debe realizarse entre los estudios previos, un análisis exhaustivo de los riesgos a los que estará expuesto el procedimiento a fin de determinar en los pliegos de condiciones las garantías que deberán suscribirse en favor de la entidad en todas las etapas del mismo. Deberá la entidad contratante exigir a los proponentes al cierre del proceso, que con la entrega de sus respectivas propuestas se otorgue garantía de seriedad de los ofrecimientos que se hacen. Una vez se adjudique el contrato a uno de los proponentes se deberá exigir, con excepción de los casos revisados, el otorgamiento de las garantías relacionadas con la ejecución del contrato, la garantía única y la correspondiente a responsabilidad extracontractual. De igual forma, en los casos definidos se solicitará una vez terminada la etapa contractual sea otorgada la garantía de estabilidad y calidad de las obras. Las garantías mencionadas deberán ser revisadas por parte de la administración y una vez se

verifique que fueron constituidas de acuerdo a las exigencia regladas serán aprobadas. No obstante lo anterior, tienen las entidades contratantes la obligación de hacer visitas periódicas a las obras con el fin de establecer el estado que presentan y conforme a esta información en caso de ser necesario; es decir, cuando se evidencie perjuicio alguno al patrimonio público, se hará la aplicación correspondiente de las garantías para obtener las indemnizaciones respectivas.

Todos los procedimientos previamente descritos tienen fundamento jurídico en el derecho público, por tanto los hechos u omisiones que vayan en contra de la idoneidad de la gestión pública correspondiente derivaran en responsabilidades contractuales por parte del servidor público involucrado y de la entidad misma, debe hacerse referencia al hecho de que no únicamente se incurre en daño patrimonial directamente por la ausencia de garantía que ampare adecuadamente los daños sufridos en este, sino también cuando se ocasiona perjuicio al contratista del Estado debiendo posteriormente indemnizarse la disminución patrimonial del mismo con bienes del patrimonio público; puede verse entonces, que pese a que las garantías son otorgadas por particulares a las entidades estatales, es de la actuación eficiente de los servidores públicos que depende la conservación y optimización de los bienes del Estado, y es por ello que se realizan, conforme a lo estipulado en el capítulo VII de la Ley 80 de 1993, controles a dichas actuaciones y en general a la gestión contractual pública, entre ellos el control disciplinario.

5. Proceso de responsabilidad disciplinaria frente al daño patrimonial y garantías contractuales estatales.

Por otro lado, el daño patrimonial al Estado se encuentra descrito en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, como “la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado” refiriéndose con lo anterior a que toda actuación que derive en un perjuicio a erario público con ocasión de una mala gestión fiscal dará lugar a un proceso de responsabilidad fiscal, a lo que se adiciona que este tipo de perjuicio “podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.

Como un mecanismo de protección al patrimonio del Estado, las entidades públicas deberán incluir en sus contratos una cláusula de indemnidad, que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6° del Decreto 4828 de 2008 obligará a los contratistas a mantener indemne a la entidad en una eventual reclamación por parte de un tercero con ocasión de los actos u omisiones del primero; lo anterior, con el objetivo de cobijar esos riesgos imprevistos que no son amparados en las garantías contractuales y que a través del artículo 11 del mismo decreto se faculta a la administración para verificar que hayan sido tomadas a satisfacción, que la entidad contará con la protección suficiente en caso de siniestro, y estas puedan ser aprobadas como

criterio indispensable para proceder al inicio de la ejecución de un contrato; aquí, justamente en este punto es muy importante la actuación del servidor público, puesto que del criterio y profesionalismo con que se realice esta aprobación dependerá que en el futuro se presenten controversias que deriven el daño patrimonial antes descrito.

5.1 Responsabilidad Disciplinaria derivada de la no aplicación de la garantía.

El procedimiento idóneo para hacer efectivas las garantías contractuales se define en el artículo 14 del Decreto No.4828 de 2008, a saber:

En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el

monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

Lo anterior, constituye entonces el fundamento legal de la aplicación de las garantías; sin embargo, en la parte práctica no siempre se cumple a cabalidad estas disposiciones, considérese en principio el caso en el que una entidad estatal en desacato de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 80 de 1993 no lleve a cabo el seguimiento correspondiente a sus obras, servicios y bienes, como mecanismo idóneo mediante el cual puede verificarse el estado de éstos, y pese haberse presentado el siniestro no podrá la entidad determinar la ocurrencia del incumplimiento, lo que quiere decir que existe un daño al patrimonio público del que la entidad a cargo no tiene conocimiento, por ende, no se hará efectiva la garantía que lo ampare y finalmente en el momento en que por medios alternos se establezca la necesidad de subsanar el mismo, deberá hacerse a expensas de los bienes del erario, derivando un evidente detrimento patrimonial. De igual forma, en aquellos casos en que se realice el correspondiente seguimiento, pero éste no se haga con la periodicidad necesaria, y no pueda la administración determinar la ocurrencia del incumplimiento generador de siniestro en un momento oportuno, lo que podría desencadenar el reconocimiento del daño sin el tiempo suficiente para realizar la aplicación de la garantía y prescriba para ésta el derecho a solicitar indemnización alguna. Por otro lado, cuando incluso en conocimiento del incumplimiento, la gestión de la entidad contratante sea deficiente y se permita la prescripción de la acción más allá de la vigencia definida para el amparo prestado, se incurrirá en el referido daño patrimonial.

Debe tenerse en cuenta que no es adecuado utilizar las garantías como el primer mecanismo de reparación, conforme a la normatividad, en primera instancia debe notificarse directamente al contratista y evaluar su interés en subsanar los daños encontrados, únicamente en caso de que éste se niegue se procederá a solicitar indemnización al asegurador.

5.2 Responsabilidad Disciplinaria derivada de la Prescripción de la Garantía.

La prescripción de la acción deriva una responsabilidad disciplinaria, puesto que la prescripción de la acción como se indicó antes, constituye la extinción del derecho de la entidad a solicitar una indemnización, y como consecuencia de la obligación por parte del asegurador de reconocer la misma y hacer el pago que corresponda; en síntesis, la prescripción de la garantía se refiere a la omisión de una acción, la aplicación de la garantía que ampara los riesgos materializados, que debía llevarse a cabo dentro de los términos previstos para ello.

Conforme a lo definido en el Estatuto Mercantil, inclusive para el caso de garantías en la contratación con recursos públicos, procederá a partir del momento en que la entidad conozca de los hechos u omisiones que den lugar al daño patrimonial prescripción ordinaria, es decir que la entidad cuenta con dos años para realizar el procedimiento de notificación del siniestro al asegurador mediante acto administrativo y posteriormente el cobro de la indemnización, en los casos en que haya lugar a ello.

5.3 Responsabilidad Disciplinaria derivada de la no Reposición de la Garantía.

La reposición de la garantía se deberá solicitar al contratista como mecanismo para restablecer el monto de la misma en los casos en que ésta, con ocasión de la ocurrencia de un siniestro, se vea reducida en la cuantía de los montos de las aplicaciones realizadas por la respectiva entidad, y “en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, el contratista deberá ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso”; en todo caso, el objetivo de las disposiciones previas es que se mantenga la suficiencia de las garantías durante el término de las vigencias definidas.

Acorde a lo anterior, y considerando que los servidores públicos deben velar porque se cumplan a cabalidad las disposiciones legales en la materia, la administración pública deberá tener en cuenta el postulado en revisión al momento de consolidar el acto administrativo mediante el cual se hará efectiva la garantía, puesto que en éstas resoluciones deberá incluirse el requerimiento al representante legal del contratista respectivo para que sea realizado según el caso, el restablecimiento o la ampliación de la garantía por el mismo monto por el que se haga la aplicación de la misma.

Una vez se realice la gestión administrativa sugerida en el párrafo anterior, en aquellos casos en que se presente incumplimiento de dicha disposición por parte del contratista correspondiente, se incurrirá en la sanción definida para el particular en el artículo 13 del Decreto No.4828 de 2008, así: “una vez iniciada la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contratista de la obligación de obtener la ampliación de la garantía o de la obligación de obtener su renovación o de la obligación de restablecer su valor o de aquella de otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la

celebración, ejecución y liquidación del contrato, la entidad contratante podrá declarar la caducidad del mismo.”

5.4 Responsabilidad Disciplinaria como consecuencia de la Insuficiencia de la Garantía.

Los lineamientos con relación a la suficiencia de la garantía se definen a través del artículo 7° del Decreto No.4828 de 2008 de la manera en que se enunció anteriormente en conjunto con las clases de garantías que deben ser otorgadas a la entidad pública contratante en cada una de las etapas del contrato, y posteriormente en el artículo 13 se relacionan las acciones que deberán llevarse a cabo una vez se ha dado inicio a la ejecución de un contrato en caso de que el contratista incumpla con la obligación reponer o ampliar esas garantías.

La regulación en materia de garantías en la contratación estatal ha sido muy específica en el tema de la suficiencia de las garantías, con el fin inequívoco de evitar que éstas no permitan indemnizar a cabalidad los perjuicios que se puedan sufrir en el patrimonio del Estado; es por ello que se determina para cada amparo la suficiencia que deben ostentar estos mecanismos de cobertura del riesgo en cuanto al objeto del amparo que se hace, a los términos de la vigencia y a los porcentajes de la cobertura.

La suficiencia de los amparos en los tres criterios antes mencionados, deberá certificarse en el

momento oportuno según la etapa del contrato a la que pertenezca mediante la aprobación de las mismas por parte del servidor público competente para representar a la entidad contratante, y es justo en este punto donde inicia la responsabilidad de éste, pues aunque el eventual incumplimiento de las obligaciones adquiridas se de por parte del contratista; es decir, sea éste el directo responsable, recaerá responsabilidad fiscal sobre el servidor público que tenía la obligación de verificar que la protección al patrimonio público fuera suficiente; lo anterior debido a que los costos asociados a subsanar los daños patrimoniales no cubiertos por las garantías contractuales en primera instancia deberán ser asumidos por la respectiva entidad, lo que indefectiblemente constituye detrimento al erario público.

En la etapa de liquidación del contrato, cuando se ha suscrito y ejecutado estando incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad de aquellas previstas en el artículo 30 del artículo 48 del CDU, puede ocurrir que debido a ello se haya dado por terminado unilateralmente el contrato estatal en virtud del artículo 44 y 45 del ECE. En este caso, el servidor público puede proceder a liquidar el contrato siempre que las causales de inhabilidades e incompatibilidades no tengan una relación directa con él tal como el parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, o por razón de la entidad donde trabaje o que haga parte de sus consejos directivos.

Podría entenderse, que se liquidará si la inhabilidad es generada por una declaración de terminación unilateral del contrato estatal, declaración de caducidad administrativa, o por mutuo acuerdo, o por la ejecutoria de la providencia que imponga una sanción disciplinaria de destitución, o un fallo con responsabilidad fiscal, o como consecuencia de la cancelación del registro de proponentes por parte de la Cámara de Comercio, o de la interdicción de función

pública que imponga un juez penal en una sentencia condenatoria como consecuencia de un delito de contratación indebida. En los demás casos, el servidor público sino concurre este tipo de inhabilidades e incompatibilidades, deberá abstenerse de liquidar el contrato si existe conflicto de intereses entre su actuación y la decisión que debe tomar, como lo señala la falta disciplinaria gravísima contenida en el artículo 48, numeral 17 del CDU.

De otra parte, consideramos que si bien no existe una falta disciplinaria cuya descripción típica corresponda a que la liquidación del contrato debe hacerse tan pronto como se de por terminado el contrato o se termine su ejecución, observamos que sí constituye falta disciplinaria gravísima si como consecuencia de la no liquidación oportuna del mismo, la administración debe cancelar mayores prestaciones económicas de las que le habría correspondido pagar si la liquidación se hace en tiempo. Esta omisión, constituye una falta disciplinaria gravísima en tanto genere detrimento patrimonial al Estado.

Pero como los tipos disciplinarios son de carácter restrictivo, es decir, no pueden ir mas allá de lo expresamente previstos en la el tipo cerrado o abierto, se observa que el numeral 31 del artículo 48 del CDU sólo hace referencia a quien intervenga en la etapa precontractual o contractual, no señalando la fase postcontractual, razón por la cual este tipo no es aplicable a la liquidación del contrato, debiéndonos trasladar al tipo disciplinario genérico previsto en el numeral 3° del artículo 48 Ibídem, que aplica si como consecuencia de la omisión de liquidar oportunamente el contrato estatal, se destruyan, extravíen, pierdan o se deterioren los bienes del Estado o a cargo del mismo servidor público, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de

sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos salarios mínimos legales mensuales. Pero igualmente, si como consecuencia de la omisión de no liquidar oportunamente el contrato, se permite el incremento injustificado del patrimonio directa o indirectamente a favor propio o de un tercero o permitir o tolerar que otro lo haga, evento en el cual no se tiene en cuenta la cuantía arriba indicada.

Por ello, encontramos que existe falta disciplinaria gravísima por vía de acción, cuando el servidor público en la liquidación del contrato reconoce mas prestaciones de las que legalmente ejecutó el contratista, cuando acepta revisar los precios, o ajustar tarifas, o el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato sin que se hayan pactado o que no deba asumir la administración; así mismo si dentro del acta de la liquidación no incluye como activos a favor de la administración contratante las multas impuestas y no canceladas, o no hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria dándose lugar a ello. De otra parte, cuando en el acta de liquidación se hace el reconocimiento de intereses no pactados, o se reconocen los moratorios como consecuencia del no pago oportuno de las prestaciones o de la no liquidación unilateral del contrato.

Así mismo, existe falta disciplinaria gravísima, cuando en la liquidación del contrato se hace el reconocimiento de silencios administrativos positivos con consecuencias patrimoniales, ya que el acto administrativo presunto que configura un silencio administrativo positivo en contratación estatal no puede dar lugar al reconocimiento de prestaciones económicas como lo explicamos en la etapa de ejecución del contrato. Si la administración contratante, aprobó de manera indebida las garantías que es un requisito de ejecución del contrato ya porque las

aprobó sin la cobertura, vigencia y cuantía requerida, o porque no las exigió, y si como consecuencia de ello la administración sufre un detrimento patrimonial, igualmente los funcionarios que tengan una función directa o indirecta con esta función, responderán por falta disciplinaria gravísima.

Si la administración no liquidó el contrato en forma oportuna, pero como consecuencia de ello no se generó detrimento patrimonial alguno, la omisión formal se adecuará a una falta disciplinaria grave o leve, pero no dará lugar a falta disciplinaria gravísima por falta de ilicitud sustancial, pues no afectó el patrimonio público. Igual ocurre, cuando por causas no imputables a la administración o al contratista, las partes, no pudieron liquidar el contrato en forma oportuna, en este caso se pudo haber causado un detrimento patrimonial que no puede ser motivo de atribución de responsabilidad disciplinaria, ya que si bien la conducta genera una gestión antieconómica, no se da la ilicitud sustancial debido a que aun siendo la descripción típicamente antijurídica, no existe responsabilidad y por ende tampoco falta disciplinaria gravísima al haberse presentado con justificación, y puede ser el caso de que la liquidación esté sometida al dictamen, experticio o peritazgo de un tercero o el problema técnico que debe resolver o un árbitro único o un tribunal.

6. Procedimiento Administrativo de aplicación de las garantías contractuales.

La aplicación de las garantías contractuales se hace previa aplicación de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso, en especial el derecho de defensa, y el derecho de contradicción, en el que tiene un punto de partida y es que la Entidad pública contratante,

una vez tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, deberá iniciar el procedimiento administrativo, notificándole tanto al contratista como al garante, en el que con las garantías del debido proceso y el derecho de defensa deberá correrle traslado al contratista del alcance técnico del siniestro, tales como actas de inspecciones, pruebas de laboratorios, informes técnicos etc. Una vez le corra traslado de los mencionados informes, debe ordenar en el sitio de las obras la práctica de la inspección de la obra en donde en campo se le impute al contratista la causa eficiente del daño que constituye el siniestro.

Los dos años de la prescripción para aplicar la garantía del siniestro comienza a contarse a partir de que la administración pública tenga la certeza de la existencia del daño que constituye el siniestro y ello se produce en la fecha en que se documentalice a través de informes técnicos, pruebas informes etc. Una vez se haga la imputación al contratista este deberá presentar sus descargos, y el debate es sobre la causa eficiente del daño, esto es, si la causa eficiente es atribuible o no al contratista en desarrollo del objeto y obligaciones adquiridas en virtud del contrato. Una vez ejecutoriado el acto administrativo, se hará efectivo a través del contratista o a través de la aseguradora si se trata de póliza de seguros, o a través de la fiduciaria si se trata de fiducia mercantil en garantía, o mediante el requerimiento al banco en los casos de depósito de dinero en garantía, o de garantía bancaria a primer requerimiento, o al endosatario en tratándose de títulos valores.

7. Las faltas disciplinarias generadas por acción u omisión frente al deber funcional de la exigencia de las garantías en el contrato estatal.

En el contrato estatal, conforme al Decreto No.679 de 1994, se exige en la etapa precontractual la garantía de la seriedad de la oferta, y una póliza de garantía única para amparar la ejecución del contrato, así como para proteger el objeto del contrato una vez se haya ejecutado en lo que tiene que ver con la estabilidad y la garantía de la calidad de las obras, bienes y servicios, así como de la responsabilidad civil extracontractual para amparar los daños que se pueda ocasionar frente a terceros.

La póliza de seriedad de la oferta, es un contrato de seguros que suscribe el oferente con una compañía aseguradora debidamente vigilada por la Superintendencia Bancaria con el fin de garantizar el pago de los perjuicios que le pueda causar a la administración, el proponente u oferente a quien se le adjudique el contrato y no proceda a suscribir o a legalizar el contrato en el evento de haberlo suscrito. Si la administración no la exige, o de haberse exigido la acepta sin que cubra la cuantía y el plazo previsto en los términos de referencia o pliegos de condiciones, el servidor público contratante incurre en un concurso de faltas disciplinarias gravísimas.

Por un lado, la falta prevista en el numeral 30 del artículo 48 del CDU, en tanto no exigió la póliza de seriedad de la oferta como un requisito previo para la aceptación y evaluación de las propuestas; y de otra parte incurre en la falta del numeral 31 del artículo 48 Ibídem, en tanto dicha omisión en la fase precontractual dio lugar al detrimento patrimonial, ya que el Estado no pudo obtener el resarcimiento de los perjuicios causados. Pero es obvio que si el oferente incumplido, causa daño a la administración al no suscribir el contrato, pero de mutuo acuerdo

o unilateralmente resarce dichos perjuicios, al no causarse el detrimento patrimonial no existe ilicitud sustancial y el servidor público habrá incurrido en falta grave o leve al infringir los deberes de exigir la garantía prevista en su manual de contratación o en los deberes contractuales previstos en el artículo 4º del ECE.

Igualmente se incurre en detrimento patrimonial, conforme al numeral 3º del artículo 48 del CDU, cuando no se ha exigido la garantía única definitiva y se ha permitido que el contrato se ejecute sin que se presenten y aprueben las garantías, o porque habiéndose presentado no se aprobaron. Así mismo, se configura la falta disciplinaria gravísima cuando se presentó la garantía única, y se aprobó de manera indebida, en cuanto no tenía la cobertura, la cuantía y la vigencia requerida por el decreto 679 de 1994, el contrato estatal y los términos de referencia o los términos de condiciones.

En este caso, contrario a lo que ocurre en la garantía provisional de la seriedad de la oferta, la omisión en la no exigencia de las garantías definitivas en cada uno de los casos anteriormente descritos constituye la falta disciplinaria gravísima sin tener en cuenta que se presente o no el siniestro, pues es evidente que si se presenta el detrimento patrimonial se habrá presentado la falta disciplinaria gravísima conforme al numeral 3º del artículo 48 del CDU, y si no se presenta el siniestro de todas maneras existe la falta disciplinaria gravísima en tanto se pone en peligro el patrimonio público porque de causarse el detrimento no hay lugar a hacer efectiva las garantías por inexistentes, o porque existiendo no tienen la cobertura y la cuantía requeridas.

En este caso, la falta es la prevista en el artículo 48 del CDU, numeral 31, que consiste en participar en la actividad contractual con detrimento del patrimonio público, pero desde luego es necesario valorar la ilicitud sustancial, ya que de lo contrario la falta sería de mera conducta y la Corte Constitucional ha señalado que se requiere que afecte el interés jurídico estatal protegido sin justificación alguna.

Por último, es importante señalar que si las garantías fueron exigidas, debidamente aportadas y aprobadas, una vez se presente el siniestro, puede ocurrir que no se hagan efectivas por omisión del servidor público que representa la entidad contratista, frente a lo cual se habrá configurado el detrimento patrimonial por la conducta omisiva, de conformidad con el artículo 48, numeral 31 del CDU, en concurso con el numeral 3° del artículo 48 Ibidem.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

Es importante, tener en cuenta que en materia de garantías a partir de la expedición de la ley 1150 de 2007 y reglamentada por el decreto 4828 de 2008, observamos que existen distintos mecanismos de cobertura del riesgo, y no como antes, cuando en virtud de la Ley 80 de 1993 y el decreto 679 de 1994 solo existía la póliza de seguros y la garantía bancaria.

Así las cosas, es importante señalar que para hacer efectiva una garantía, cualquiera que sea el mecanismo de cobertura del riesgo, debe hacerse efectiva a través de la aplicación de procedimientos administrativos, en donde se vincule al garante. La administración contratante, una vez se presente el siniestro si es durante el plazo del contrato tiene la posibilidad de exigir la reaparición al contratista, pero luego de la liquidación del contrato tiene la posibilidad de exigirlo al contratista particular y ante la negativa, tendrá que hacerlo a través de la aplicación de la garantía previo procedimiento administrativo, donde con las pruebas técnicas correspondientes se haga la imputación, previa determinación de la causa eficiente de la misma, y una vez comprobada estado dentro del término de prescripción de dos años, expedirá el acto administrativo correspondiente, y una vez ejecutoriado aún tendrá la posibilidad la entidad de exigir la reparación al contratista o al garante.

Es importante señalar, que la falta disciplinaria vinculada a la acción u omisión del servidor público que debe actuar en cumplimiento de su deber funcional para exigir las reparaciones por causa de los siniestros contractuales ya directamente al contratista, o mediante acto administrativo de aplicación de garantías tanto al contratista como al garante, siempre va a estar

asociada al daño patrimonial, pues es la falta disciplinaria que se comete si por vía de acción u omisión no se exigen por los distintos medios disponibles la reparación de la garantía dentro del término de ley.

CAPÍTULO TERCERO

JUZGAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN LA FASE POSTCONTRACTUAL

Etimológicamente principio significa precepto de carácter general que orienta la acción en determinado sentido como fuerza generadora sobre la que se soporta la consecución de una finalidad. Por contera, desde el punto de vista normativo, usualmente los textos legales, consagran principios que guían con fuerza vinculante la protección de derechos, el cumplimiento de obligaciones o la satisfacción de cierta finalidad.

La contratación pública y su regulación no ha sido ajena a esa línea principialista y la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 23 se encargó de consagrar los principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales, señalando que las actuaciones en el marco de 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, pero que además, 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.

Así las cosas los artículos 24, 25, 26, 27 desarrollan lo relacionado con los principios contractuales de transparencia; economía y responsabilidad.

La interpretación de las reglas contractuales quedaron establecidas en el artículo 28 de la Ley

80, citada, señalando el legislador que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata la ley 80 y, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto 811 del 17 de abril de 1996 CP Dr. Roberto Suárez Franco, hizo expresa referencia a los principios de la buena fe y la transparencia en materia contractual señalando:

La buena fe es un elemento de la vida de relación, pero no se incorpora al derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de unas precisiones técnicas necesarias. En el campo jurídico, el concepto de buena fe, aunque indeterminado en sus alcances, tiene un sustento real. No es creación del legislador, sino que éste, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en los diversos sistemas jurídicos concretos se le asignan matices, que, sin afectar su esencia modifican su aplicabilidad, su alcance y sus efectos. Tal es lo que ocurre, entre nosotros, con el concepto de buena fe cuya concepción jurídica anterior, que era de raigambre legal, ha pasado a ser un ordenamiento de carácter constitucional.

Pero además, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto del principio contractual de transparencia, indicó:

En el artículo 24 del mismo estatuto se desarrolla el principio de transparencia; con él se pretende garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva del contratista aun en los casos de contratación directa. Para este propósito señala el artículo 24 - 5, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas y claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.

En cuanto a los postulados que rigen la función administrativa, estos encuentran soporte en el artículo 209 de la Constitución Política, cuyo texto claramente señala que 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, pero además que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Nótese que en concordancia con estos postulados Superiores el artículo 3 del Estatuto Contractual de forma precisa señala que los servidores públicos debe tener en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Es decir, hay una perfecta armonía entre los predicados constitucionales y legales cuando de los

finés de la contratación pública se trata.

De otra parte, se destacan los principios rectores que guían la aplicación del Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002-, entre ellos los consagrados en los artículos 4, 6, 8, 9, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21, esto es, los principios de legalidad; debido proceso; reconocimiento de la dignidad humana; presunción de inocencia; favorabilidad; igualdad ante la ley disciplinaria; función de la sanción disciplinaria; derecho a la defensa, proporcionalidad; motivación; interpretación de la ley disciplinaria y aplicación de principios e integración normativa y en armonía con los predicados constitucionales y contractuales tiene por finalidad la ley disciplinaria la garantía de la función pública, en la medida en que el sujeto disciplinable, esta destinado a salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejerciendo debidamente sus derechos, cumpliendo cabalmente sus deberes, respetando las prohibiciones que le impone la ley y sometiénndose al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes, así lo predica el artículo 22 del Estatuto Disciplinario.

Ahora bien el artículo 23 del Estatuto Disciplinario prevé que al quebrantar el sujeto disciplinable sus deberes, extralimitarse en el ejercicio de sus derechos y funciones, incurrir en prohibiciones y violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el propio Estatuto se puede ver incurso en faltas disciplinarias

que darán lugar a la acción e imposición de sanciones.

En concreto y atendiendo los fines de estudio que ocupan nuestra atención, el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, establece que es falta gravísima, 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. Tan crucial asunto será objeto de mayor análisis en su acápite correspondiente.

En cuanto al desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005, declaró la exequibilidad condicionada de este texto normativo, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación de las reglas de la contratación pública, el artículo 28 de la Ley 80, establece que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata la ley contractual, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. El principio de la buena fe, además es de estirpe Constitucional y está consagrado en el artículo 83 de la Carta, en dirección a señalar que las

actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Como si fuera poco los Principios Generales del Derecho también son fuente orientadora del ejercicio contractual, particularmente los principios generales del Derecho Público que se estima son: el principio de legalidad; la separación de funciones; los principios limitadores del derecho sancionatorio y el debido proceso. Pero estos se retroalimentan con los principios generales del Derecho Privado, los cuales se conocen como la prohibición del enriquecimiento sin causa; la prohibición del abuso del derecho; la buena fe; la tolerancia del error común; la prohibición del fraude a la ley y la teoría de la imprevisión, todos los cuales aplicados a la materia contractual serán explicados en su momento, sin desconocer la polémica que pueda generar al criterio de subsidiaridad que se plantea en el artículo 230 de la Carta Política Colombiana, cuando expresamente dice que los principios generales del derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la Ley, es decir, en caso de obscuridad o vacíos normativos.

En ese orden de ideas, adquiere gran importancia la interpretación de los predicados normativos del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, porque de allí surgen la equidad y demás principios del derecho que prestan una solución justa a los conflictos jurídicos que no tienen una regulación normativa directa o expresa. Basta entonces acercarse a la jurisprudencia constitucional, particularmente a la Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz o a la Sentencia C-820 del 4 de octubre de 2006, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Finalmente, completa ese marco integrador principialista el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo que consagró los principios orientadores que guían la función administrativa, así: Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

- En virtud del *principio de economía*, 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 ordene en forma expresa.
- En virtud del *principio de celeridad*, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

- En virtud del *principio de eficacia*, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado.
- En virtud del *principio de imparcialidad* las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos <sic>.
- En virtud del *principio de publicidad*, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.
- En virtud del *principio de contradicción*, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

La misma norma, establece que las autoridades públicas deben observar estrictamente estos principios en todas las fases de la contratación y los reglamentos de las instituciones en materia contractual deben guardar plena armonía con su preservación y aplicación.

La doctrina también se ocupa de la importancia de los principios en materia contractual, las referencias se dirigen a expresar como mientras en la contratación privada domina la autonomía de los contratantes como fuente de obligaciones en la contratación estatal los principios se guían por un criterio rector que es el interés general y los cometidos estatales previstos en los artículos 1 y 2 Superiores.

En ese sentido, la Carta Política claramente nos informa que en la medida en que Colombia es un Estado Social de Derecho prevalece el interés general y en esa dirección son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para sus logros, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Pero además, de forma consecuente con los predicados constitucionales, la Ley 80 de 1993, al establecer su objeto, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas y más adelante como ya se anotó su artículo 23 se ocupa de precisar que estos son básicamente los principios de transparencia, economía y responsabilidad en completa armonía con los predicados normativos del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. Esto significa que la actividad contractual estatal hace parte integralmente de la actividad

administrativa cuya finalidad se dirige a satisfacer las necesidades de la comunidad, es decir tanto la actividad contractual como expresión también de la actividad administrativa ha de ajustarse en estricto sentido a los postulados que para la función administrativa prevé el artículo 209 Superior.

Cabe recordar, como el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo establece:

Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

Y enseguida fija los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

Ahora bien, ese interés general, al que hace referencia tanto la norma Superior como la ley administrativa, se expresa materialmente, en la medida en que la actividad contractual estatal protege los intereses de todos los asociados, es decir la ciudadanía a la que se dirige la contratación que realiza el Estado, por ejemplo, en materia de obras de infraestructura, de obras públicas, en la prestación de servicios públicos esenciales (salud, justicia, servicios públicos domiciliarios, etc.), en materia social (programas de bienestar social a poblaciones vulnerables, etc.) y esa actividad se cumple en términos contractuales a través de funcionarios y personas vinculadas a las entidades públicas las cuales además de cumplir con los principios de la contratación estatal cumplen responsabilidades que les encomienda la Constitución, la ley y los reglamentos de las entidades so pena de incurrir en faltas disciplinarias que serán

sancionadas por el Estatuto Disciplinario. En la otra arista están los contratistas que son particulares que terminan ejerciendo o prestando un servicio público o coadyuvando a la prestación del mismo y que también tienen unos deberes que cumplir en las distintas fases de la actividad contractual, entiéndase la etapa de formación del contrato, precontractual, contractual o de ejecución propiamente dicha o poscontractual.

Para una y otra parte (entidad contratante y particular contratista) existe la obligación de cumplir con los principios de transparencia, economía y responsabilidad “porque la actividad contractual del Estado debe ser pulcra, ágil y quien la adelante en indebida forma responderá por sus actos. Quiso en consecuencia el legislador asegurar la aplicación de estos principios elevando a la categoría de falta disciplinaria su desconocimiento”.

De igual forma, en el preciso momento en que el Legislador le da expresa facultad al ejecutivo para reestructurar y modernizar el Estado, a través de los artículos 3 y 4 de la Ley 489 de 1998, establece como principios y finalidad de la función administrativa, en su orden que la función administrativa se debe desarrollar atendiendo lo ordenado por los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Los anteriores principios por expreso mandato legal también se aplican en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen y deben ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el

desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

En cuanto a las finalidades de la función administrativa, a la cual se integra o forma parte de ella la actividad contractual, como ya se indicó, esta busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política. En esa dirección, los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando siempre y sin excepción el interés general.

Pero asisten adicionalmente a la función administrativa tres (3) principios establecidos en el artículo 288 de la Constitución Política y 5 de la Ley 489 de 1998 y son los relativos a las competencias de la administración, señalando las citadas normas que La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Ya se indicó que el Estatuto Contractual establece en su artículo 23 los principios de transparencia, economía y responsabilidad, como aquellos preceptos esenciales que guían la actividad contractual estatal y que ellos en su conjunto y en cada etapa de la actividad

contractual deben cumplirse de forma estricta.

En ese orden de ideas, en las distintas modalidades de contratación, bien sea: licitación pública; concurso de méritos; selección abreviada o contratación directa, deben observarse tanto los principios contractuales como aquellos que corresponden a la actividad administrativa.

Ahora bien en casos, como los autorizados en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, calificados como excepcionales, es decir, la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

Para ejemplificar, en una sola de las modalidades si se observa, la Ley al hacer referencia a la modalidad de contratación directa, expresamente está señalando para este tipo de contratación la observancia estricta de los principios que guían la actividad contractual. En esa dirección, la norma indica que la contratación directa solamente procede en los casos de (a) urgencia manifiesta; (b) contratación de empréstitos y (c) contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada tal como lo prevé la propia Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario No.2474 de 2008.

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

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

También prevé la contratación directa la Ley 1150, para: (d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición; (e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; (f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público; (g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; (h) Para la prestación de servicios profesionales y de

apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

En los casos anteriores, la entidad estatal debe justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar y el procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2° del artículo 2 de la Ley 1150, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: (1) Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos; (2) Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del artículo 2 citado, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10) y será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo; (3) Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del artículo 2, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

De otra parte, el Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común

utilización por parte de las entidades.

Además, las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes. Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo.

Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2° del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo. La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos. En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.

Finalmente, hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección.

En todo este proceso, se deben también observar en sentido estricto los mencionados principios, es allí donde el operador disciplinario, entre a evaluar o verificar si “en primer lugar, la contratación directa se enmarca dentro de los eventos autorizados para emplear tal modalidad y, seguidamente si la escogencia estuvo desprovista de los requisitos *sine qua non* que debían tenerse en cuenta, lo cual afecta flagrantemente el interés general como finalidad propia de la contratación estatal”.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Sentencia del 29 de enero de 2009, señaló entorno a la contratación directa:

Hoy en día, la ley autoriza expresamente a la Administración Pública....para adelantar procedimientos de **contratación directa** en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un procedimiento como el licitatorio. No obstante, **tal autorización del legislador, no implica que la contratación pueda**

en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones. En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que “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 (...)” y en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3º, conforme al cual **las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.** El ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de la contratación directa, sólo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación pública; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado. Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas **la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales,** que sólo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada. Se trata entonces, de **desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan,** propendiendo por una

escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés general (negrilla por fuera del texto original).

Tal postura del Consejo de Estado, no solamente resulta de máxima utilidad para el ejercicio de la actividad administrativa y contractual, sino que además en ella reitera su precedente jurisprudencial, comoquiera que en el mismo sentido se pronuncio dicha Corporación en sendos fallos del 10 de agosto de 2000 y del 3 de diciembre de 2007.

Ahora bien, la doctrina ubica la contratación directa, como una modalidad “(...) que tiene sentido dentro de un marco jurídico encaminado y marcado por una serie de **principios** que son importantes. Cada causal para llevar a cabo este procedimiento de selección, tiene lógica dentro de esos mismos **principios**, porque hay razones para que muchos de los trámites usuales que se dan en el marco de la actividad estatal, no se den en el caso de la contratación directa (...)” (negrilla por fuera del texto original).

En cualquiera de las modalidades de la contratación pública toma fuerza la aplicación de los principios que rigen dicha actividad, comoquiera que estos son garantía de preservación en el ámbito de la contratación pública del interés general de los asociados y de las finalidades del Estado Social de Derecho.

Todo lo anterior, permite arribar a una primera conclusión y es que independientemente de la modalidad de contratación que corresponda al caso en concreto, esto es, licitación pública; concurso de méritos; selección abreviada o contratación directa, es imprescindible observar con estricta rigurosidad los principios que rigen la función administrativa desde el orden Constitucional; del Derecho Administrativo y del Estatuto Contractual.

En ese sentido, corresponde al Estado salvaguardar el interés general, razón por la cual impone a los contratistas en el marco de la contratación estatal determinadas reglas dirigidas al cumplimiento de tal cometido, “parte de esa regulación está centrada en los principios que dirigen la actividad contractual del Estado y a los que deben atender aquellos, esto es, a quienes se les ha encomendado la ardua labor de cumplirlos y hacer que se cumplan”.

1. Juzgamiento disciplinario frente al incumplimiento de los derechos y deberes postcontractuales.

De conformidad con los artículos 4, 5, 60 de la Ley 80 de 1993, y artículo 11 de la Ley 1150 de 2011, los servidores públicos durante la fase poscontractual, tiene el derecho-deber de concurrir a la liquidación del contrato dentro de los términos previstos en el pliego de condiciones, el contrato estatal o en su defecto dentro del término revisto en la ley, y cumplir las obligaciones contractuales dentro del periodo que transcurre entre la entrega y recibo efectivo de la obra, la corrección de defectos y el periodo contractual o legal según el caso para la liquidación respectiva, así :

a. Los servidores públicos tienen el deber de adelantar las gestiones necesarias para liquidar el contrato ya sea por mutuo acuerdo, de manera unilateral o por vía judicial, dentro de los plazos previstos en el artículo 11 de Ley 1150 de 2007, so pena de incurrir en falta disciplinaria gravísima.

b. El deber de liquidar el contrato por cualquiera de las modalidades previstas en la Ley, es consecuencia de la terminación normal del contrato dentro del plazo inicialmente previsto o incluidas las prórrogas en el evento en que se haya adicionado el contrato en el plazo.

c. Igualmente la liquidación es consecuencia de la declaración de caducidad, de la terminación unilateral, o de la terminación por mutuo acuerdo o por declaración judicial.

Es deber-derecho de los servidores públicos contractuales incorporar en el acta de liquidación bilateral, acto administrativo de liquidación unilateral, o demanda judicial de liquidación la exigencia de la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones, a la responsabilidad civil, para avalar las obligaciones que se deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. El incumplimiento de estos deberes da lugar a la configuración de la falta disciplinaria prevista en el artículo 31 de la Ley 734 de 2002, por el daño patrimonial que ello pueda generar tanto a la

administración como a los particulares.

Luego de la liquidación del contrato, los servidores públicos deben hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos incorporados en las actas de liquidación o en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, tales como la calidad de la obra, de los bienes y servicios adquiridos, o el suministro de los repuestos y accesorios, y todo ello será amparado por la garantía de estabilidad de las obras, y de calidad de los productos y servicios; mientras que para la entrega de repuestos y accesorios deben aportar la correspondiente garantía de calidad y de cumplimiento.

2. Juzgamiento disciplinario por violación del principio de transparencia.

El principio de transparencia previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, para la etapa de postcontractual de la gestión contractual del Estado, se aplica en la prohibición de actuar con abuso o desviación de poder en la expedición del acto administrativo de liquidación unilateral o de aplicación de la garantía de estabilidad de las obras y de calidad de los bienes y servicios contratados.

El principio de transparencia contractual impone el deber a las entidades públicas de motivar los actos administrativos postcontractuales, y adelantar los correspondientes procedimientos administrativos garantizando el debido proceso, esto es, derecho de defensa, contradicción, decreto práctica de pruebas, notificaciones, recursos, ejecutoria de las decisiones, y armar los expedientes con el carácter público que debe revestir todas las actuaciones administrativas del

Estado, salvo aquellas que la ley expresamente califique como reservada.

3. Juzgamiento disciplinario por violación del principio de economía.

El principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se aplica en la fase poscontractual de la gestión contractual del Estado, realizando la liquidación de los contratos de mutuo acuerdo, la expedición del acto administrativo de liquidación unilateral, y la demanda judicial de liquidación, dentro de los términos previstos en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 aplicando a las actuaciones el procedimiento administrativo correspondiente con eficacia, eficiencia, y oportunidad, esto es, los términos no se deben entender como el lapso durante el cual se debe liquidar el contrato de manera discrecional, sino como el término máximo dentro del cual se puede hacer, lo que implica que aún disponiendo de un término superior para cada una de las liquidaciones de mutuo acuerdo, unilateral y judicial, desde la perspectiva disciplinaria, el término con que se cuenta es el justo y necesario para reunir los documentos, informes, actas, aprobaciones de las empresas de servicios públicos en los casos de obra pública, de tal manera que aún estando dentro del término si no existe justificación de la mora en el trámite de la liquidación del contrato se habrá incurrido en falta disciplinaria.

Así mismo, debe señalarse que en desarrollo del principio de economía no se puede suscribir acta de liquidación del contrato de mutuo acuerdo, ni la expedición de actos administrativos de liquidación del contrato, incorporando acreencias económicas a favor del contratista, sin la acreditación del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal para cumplir con el

compromiso.

4. Juzgamiento disciplinario por violación del principio de responsabilidad.

En virtud del principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, durante la fase postcontractual, los servidores públicos en la fase de liquidación de contrato y en la postcontractual que le sigue a la liquidación del mismo, debe proteger los derechos de la entidad, del contratista y del tercero afectado con la ejecución del contrato, haciéndole seguimiento a la estabilidad de las obras y a la calidad de los bienes y servicios adquiridos, así como a la entrega y reposición de equipos, bienes y accesorios, como obligaciones incorporadas en el acta de liquidación del contrato.

Así mismo, en virtud del principio de responsabilidad, los servidores públicos contractuales responderán disciplinariamente por las acciones y omisiones antijurídicas en que incurran durante la fase de liquidación del contrato, y en el seguimiento a los compromisos que surge en virtud de la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que tanto las obras, como los bienes y servicios recibidos en virtud del contrato liquidado son propiedad del Estado, y el servidor público contractual frente a ellos debe comportarse conforme a las reglas de administración de bienes ajenos y por los mandatos que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO TERCERO.

Durante la fase de liquidación del contrato, igualmente pueden presentarse contingencias, acciones, omisiones ya por culpa o dolo, que pueden dar lugar a la configuración de faltas disciplinarias, tales como la vulneración de los términos de liquidación bilateral, unilateral y judicial del contrato, o la desviación o abuso de poder en la expedición de actos administrativos de liquidación unilateral.

De otra parte, puede suceder que la administración no llegue a un acuerdo con el contratista para la liquidación bilateral del contrato, pero que tampoco la puede hacer de manera unilateral porque no cuenta con la disponibilidad presupuestal en el evento en que el contratista tenga sumas a su favor. En este caso como expedir el correspondiente acto administrativo de liquidación del contrato de manera unilateral sin la previa disponibilidad presupuestal constituye falta disciplinaria gravísima, lo que le corresponde es demandar judicialmente la liquidación, o realizar la conciliación prejudicial con la posterior aprobación judicial del juez del contrato, dentro de la cual se puede comprometer a pagar su valor con cargo al rubro presupuestal de sentencias judiciales de la Entidad.

Lo que concluye este artículo, es que durante la liquidación del contrato, y luego de ésta,

quedan pendientes obligaciones del contratista a cumplir como la estabilidad de las obras, la calidad de los bienes y servicios contratados, y la entrega de repuestos y accesorios por cierto tiempo, evento en el cual, dichas conductas igualmente son de naturaleza contractual aún siendo propias de la actividad postcontractual, lo que implica que los tipos disciplinarios son los previstos en los numerales del 29 al 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en armonía con los artículos 4,5, 23, 24,25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

TÍTULO QUINTO
DE LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN DESARROLLO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL ESTATAL

El artículo 48, numeral 1° y el 55, numeral 1° del CDU, señala como falta disciplinaria gravísima de los servidores públicos, *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”*. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de precisar, que el primer tipo disciplinario gravísimo de carácter abierto es el descrito anteriormente, en tanto hace suya las descripciones penales que tengan los siguientes requisitos:

- a) Que en la descripción de la conducta como delito en el Código Penal, señale que el sujeto activo sea un servidor público o particular que en virtud del contrato ejerza funciones públicas, administrativas, de interventoría, consultoría o de prestación de servicios;
- b) Que el delito descrito en el Código Penal sólo proceda a título de dolo;
- c) Que el sujeto activo cometa la conducta en razón o con ocasión de sus funciones u obligaciones contractuales,
- d) Que la conducta atente contra el bien jurídico tutelado como el patrimonio público, la administración pública o de justicia, contra la fe pública, o cualquier otro delito doloso que el funcionario cometa en ejercicio de sus funciones o el contratista en

cumplimiento de sus obligaciones;

e) Que las conductas descritas como delito no se encuentre descrito en los artículos 48 y 55 de la Ley 734 de 2002, como falta disciplinaria gravísima, grave o leve. Esto significa que sólo pueden configurar faltas disciplinarias gravísimas las conductas descritas como delito, cuando las mismas no se encuentre tipificada como falta disciplinaria a ningún título en el Código Disciplinario. Solo acudimos al Código Penal ante la falta de regulación de la conducta de manera expresa en el Código Disciplinario Único, es decir, de carácter subsidiario. Lo que indica que si la conducta está descrita como delito en el Código Penal y está descrita en el Código Disciplinario como gravísima, se aplica la falta disciplinaria expresamente regulada en la Ley, nunca en concurso con la descrita como delito en el Código Penal, pero si la conducta está descrita en el CDU como falta grave o leve, se juzgará en materia disciplinaria la falta bajo esta clasificación, pero jamás se podrá desconocer esta regulación típica de la falta disciplinaria, para juzgar el comportamiento adecuando la conducta disciplinaria descrita en el tipo penal como delito, sólo con el propósito de juzgarlo a título de falta gravísima.

f) Es necesario señalar, que las conductas descritas como delito en el Código Penal, sólo se juzgan como falta disciplinaria de manera subsidiaria, esto es, ante el vacío de regulación disciplinaria expresa.

En desarrollo del principio de legalidad de la falta disciplinaria y del tipo penal, en virtud del numeral 1o del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a manera de ejemplo, analicemos dos conductas de servidores públicos, que en materia penal podría estar tipificada como prevaricato por acción o concusión, así.

a.- En relación a la conducta de un Alcalde, que como servidor público expida un acto administrativo para encargar de las funciones de su Despacho otro servidor público. En este caso la Ley 136 de 1994, reformada por la Ley 617 de 2000, dispone que el Alcalde en sus faltas temporales debe encargar de las funciones a un Secretario de su Despacho o a otro funcionario de igual o superior jerarquía.

Si el Alcalde encarga a un Asesor de su Despacho, cuyo nivel no es igual o superior al de Secretario, encontramos que el acto administrativo es contrario a la Ley 136 de 1994, y sus normas modificatorias y desde luego el operador disciplinario al adecuar la conducta al tipo disciplinario, necesariamente en virtud del principio de legalidad de la falta encontrará que se adecua a la conducta prevista en el numeral 1o del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que consiste en el deber que tiene el servidor público de hacer cumplir la ley. En este caso lo que se presenta es el incumplimiento del deber de hacer cumplir la ley, y ello es una falta disciplinaria grave o leve, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo modo y lugar, y las circunstancias agravantes y atenuantes. Ello implica que como la conducta está regulada como falta disciplinaria expresa en la Ley 734 de 2002, no se podrá acudir al Código Penal para tipificar la conducta como

prevaricato en virtud del artículo 48, numeral 1o del CDU, toda vez que ello se puede cuando la conducta no está tipificada como falta disciplinaria de manera expresa en el CDU, pero si está descrita como delito en el Código Penal, con las características de estar descrito como delito a título de dolo, y el sujeto activo es un servidor público e incurrió en la conducta en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Es improcedente configurar la falta disciplinaria como incumplimiento de un deber conforme al código disciplinario en concurso con el prevaricato descrito en el Código Penal, como también es improcedente descartar el incumplimiento del deber como falta disciplinaria grave o leve, para sólo adecuar la conducta al tipo disciplinario descrito como prevaricato por omisión en el Código Penal. Y es improcedente porque sólo se acude al Código Penal ante la falta de regulación de la conducta en el Código Disciplinario, y no es de la discrecionalidad del operador disciplinario escoger entre la descripción penal gravísima y la descripción disciplinaria grave o leve, para escoger la primera solo por hacerla mas gravosa al justiciable, porque el principio de legalidad del tipo disciplinario exige, según lo ha señalado la misma Corte Constitucional, que prevalece la descripción disciplinaria sobre la penal, aunque la en materia disciplinaria la descripción este descrita con como una falta de menor entidad, esto es grave o leve.

En relación al delito de concusión, cuando la petición del servidor público tiene como objeto material una actuación contractual, encontramos que la falta disciplinaria en la que se debe adecuar es a las previstas en el artículo 48, numerales 30 y 31 de la Ley 734 de 2002, cuando la conducta ocurre por participación directa o indirecta, esto es,

directamente cuando el servidor público es competente para la decisión contractual, e indirectamente cuando el servidor público actúa no porque es competente, sino porque actúa con ocasión de sus funciones.

Lo anterior, para confirmar el análisis arriba indicado, esto es, que si el objeto material de la concusión es una actuación contractual, que igualmente está descrita en una falta disciplinaria autónoma en el Código Disciplinario único, el principio de legalidad del tipo disciplinario hace imperativo que el operador disciplinario acuda a la regulación expresa disciplinaria. Si esto es así, el juzgador penal podrá adecuar la conducta al delito que de acuerdo a la descripción de la conducta y los demás ingredientes del tipo deba adecuarlo, con independencia de la adecuación disciplinaria.

Lo contrario es poner en riesgo la decisión disciplinaria esto es, que si deja de adecuar la conducta a la falta disciplinaria descrita expresamente en el Código Disciplinario, para adecuar la conducta al tipo descrito en la Ley Penal y juzgarla como falta disciplinaria en virtud del numeral 1o del artículo 48 del CDU, ofrece la dificultad, que si luego cuando el juez penal tipifique la misma conducta en un delito diferente al de concusión, tal como el cohecho por ejemplo, ello es el primer presupuesto para que el juez administrativo anule la decisión, ya que la falta disciplinaria juzgada fue un delito al que acudió el operador disciplinario, pero que luego el juez penal estima que la adecuación es a otro tipo penal distinto a la adecuación disciplinaria. Si bien la acción penal es distinta a la acción disciplinaria, observamos que existen ingredientes que le son comunes, como por ejemplo, que la adecuación tanto al tipo penal como al

tipo disciplinario sea la misma tanto por el operador penal como por el operador disciplinario. Los aspectos diferentes de la acción penal y la disciplinaria, consiste por ejemplo, que si el delito está descrito a título de dolo, debe configurarse como falta disciplinaria gravísima a título de dolo, porque si el delito está descrito como culposo jamás podrá adecuarse a falta disciplinaria, ya que el numeral 1o del artículo 48 del CDU, solo admite delitos dolosos y no culposos. Así mismo, si el delito es doloso y se adecua como falta disciplinaria gravísima y en el proceso disciplinario se demuestra que ocurrió a título de culpa, habrá lugar a la absolución, archivo definitivo o terminación del procedimiento por atipicidad de la conducta. Lo anterior, encuentra como fundamento que la culpa en materia penal es intrascendente para el ámbito disciplinario cuando la falta disciplinaria la constituye una descripción penal a título de culpa, mas no cuando la falta disciplinaria está descrita en el CDU, porque en este escenario se admiten las faltas a título de dolo, de culpa gravísima, culpa grave y culpa leve.

Las conductas descritas como delito que pueden ser juzgadas como faltas disciplinarias, cuando el sujeto activo sea un servidor público, conforme al artículo 48, numeral 1o, y como faltas disciplinarias cuando el sujeto activo sea un particular sujeto del derecho disciplinario, tales como los consultores, interventores, supervisores, contratistas de prestación de servicios cuyo objeto del contrato sea asesoría externa, y contratistas cuyo objeto implique el ejercicio de una función pública o administrativa, conforme al numeral 1o del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 y que no tienen regulación expresa como falta gravísima, grave o leve, resulta de verificar en el Código Disciplinario la existencia de su descripción en los correspondientes tipos disciplinarios, y luego de

verificar que no encuentra descripción expresa podrá acudir al Código Penal si la conducta fue cometida por un sujeto del derecho disciplinario, que el tipo penal describe igualmente como sujeto activo, y que la conducta sea a título de dolo.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS ESTATALES COMO FALTAS DISCIPLINARIAS GRAVÍSIMAS

1. El carácter abierto y subsidiario en la comisión de delitos de celebración indebida de contratos como faltas disciplinarias gravísimas.

El Código Penal tipifica como delitos de celebración indebida de contratos, tres tipos penales, a saber: 1.- Celebración de contratos con violación al régimen constitucional o legal de contratos estatales; 2.- Interés indebido en la celebración de contratos estatales; y 3.- Celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Las faltas disciplinarias gravísimas conforme al numeral 1º del artículo 48 del CDU, en relación con el contrato estatal tiene como descripciones típicas las previstas como delitos conocidos como de celebración indebida de contratos siempre que se den los siguientes requisitos, veamos:

- a) Que se trate de un delito que recaiga sobre la actividad contractual de la administración;
- b) Que se trate de la suscripción de contratos estatales con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades;
- c) Que se trate de interés indebido en la celebración de contratos;

- d) Que se trate de suscripción de contratos sin el cumplimiento de los requisitos esenciales;
- e) Que el delito sólo proceda a título de dolo; que el sujeto activo sea uno de aquellos destinatarios del CDU;
- f) Que el sujeto lo cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Debe tenerse en cuenta que la estructuración de la falta disciplinaria, y el juicio de responsabilidad no procede conforme a la dinámica propia del proceso penal que juzga la misma descripción típica pero como delito, ya que el operador jurídico debe tener en cuenta el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la conducta y la culpabilidad propia del derecho penal, en cuanto como lo señalamos anteriormente, en el derecho penal opera como la última ratio, existe un bien jurídico tutelado cuya responsabilidad se deriva de la lesión al bien, pero se puede exonerar de responsabilidad conforme a las causales de inculpabilidad o de justificación, sobre la base que al procesado al imponerle la pena de privación de la libertad, debe tenerse en cuenta si conforme al delito requiere o no tratamiento penitenciario, o si es susceptible de concederle la libertad provisional o la condena de ejecución condicional.

En el derecho disciplinario, lo único que debe tenerse en cuenta para la configuración de la falta disciplinaria gravísima es la descripción de la conducta en la modalidad de acción u omisión, teniendo en cuenta el dolo y que quien la realice sea un sujeto del derecho disciplinario; pero una vez traída la descripción típica al escenario del derecho penal es

necesario que se juzgue como falta disciplinaria y conforme a las esencialidades propias de este tipo de responsabilidad.

Así, debe tenerse en cuenta que si la conducta se cometió a título de dolo, el operador jurídico debe adecuarla a la falta disciplinaria gravísima, pero si la cometió a título de culpa, no existe responsabilidad disciplinaria, ya que esta falta sólo existe si es a título de dolo. Lo anterior, por cuanto si el delito fuera culposo, no fuera posible traerlo al CDU para estructurar la falta disciplinaria gravísima. De otra parte, es necesario tener en cuenta que en derecho disciplinario no encontramos bienes jurídicos protegidos, pues es innecesario ya que en tratándose de los bienes jurídicos estatales son protegidos igualmente por el derecho penal y sería innecesario uno de los dos si pretendiera duplicar la existencia del mecanismo de protección.

En el derecho disciplinario, ese bien jurídico es entendido como el interés jurídico del Estado de garantizar la correcta y adecuada marcha de la gestión pública, y por ello el ilícito disciplinario está integrado por la existencia de una conducta típicamente antijurídica, que de ser culpable debe atribuírsele una responsabilidad disciplinaria al imputado, salvo que se configure una causal excluyente de responsabilidad.

La fusión de la tipicidad con la antijuridicidad disciplinaria es lo que en nuestro caso se conoce como ilícito contractual, que a diferencia del derecho penal en donde la conducta puede ser típica, antijurídica pero no culpable, existe un delito sin atribución de responsabilidad penal porque esta resulta excluida por la causal de justificación o de inculpabilidad, pero en el derecho disciplinario si existe falta disciplinaria es porque la conducta es típicamente

antijurídica y culpable, pero si no es antijurídica sencillamente no hay falta disciplinaria. Si el funcionario cometió el delito, pero este no fue en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando de ello, habrá incurrido sólo en el delito y no en la falta disciplinaria gravísima, y es el caso del hurto, del homicidio o de la falsedad en documento privado sin que tenga relación directa o indirecta con su condición de servidor público o sujeto disciplinable.

2. Del juzgamiento por la comisión de delitos de celebración indebida de contratos como faltas disciplinarias gravísimas.

Los delitos de contratación indebida previstos en el Código Penal sustancial, a su turno también constituyen tipos penales abiertos, ya que el legislador penal describe mínimamente el tipo para que se termine de estructurar con las disposiciones previstas en el derecho público de los contratos estatales, teniendo en cuenta la tipología del contrato, la naturaleza de su objeto y la cuantía.

El profesor ALFONSO REYES ECHANDIA, considera que en derecho penal lo normal es que los tipos penales fueran completos o cerrados, vale decir, que el tipo debía contener integralmente todos los elementos descriptivos de la conducta; pero la complejidad de las relaciones de los particulares y de estos con el Estado, hace que de manera excepcional el legislador se vea evocado a regular tipos penales abiertos, en blanco o incompletos, para estructurarlos con el ordenamiento jurídico disperso, que en nuestro caso es el ECE. La misma Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el delito de celebración indebida de contratos es un

tipo penal en blanco que conduce a las disposiciones extrapenales que establecen el régimen de la contratación estatal, que para que se configure no basta la simple y mera inobservancia de cualquiera de los requisitos de obligatorio cumplimiento establecidos por la ley, sino que se pruebe la actuación dolosa con el fin de obtener provecho ilícito.

En el caso de las faltas disciplinarias gravísimas, traídas de las descripciones penales -delito de celebración indebida de contratos-, encontramos que a partir del artículo 48, numeral 1° del CDU, acudimos a normas extra-disciplinarias como las penales para traer las descripciones típicas contenidas en estos delitos, pero al llegar allí observamos que igualmente son incompletas y nos trasladamos al régimen propio de los contratos de la misma manera como lo hace el operador jurídico penal. Aquí le corresponde al operador jurídico disciplinario hacer un esfuerzo por hacer una aplicación sistemática e integradora del ordenamiento jurídico para estructurar la falta disciplinaria, que consiste en partir del derecho disciplinario hacia el derecho penal sustancial y de allí, al derecho público de los contratos estatales.

2.1 Celebración de Contratos con Violación del Régimen Constitucional o Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades.

El artículo 408 del CP- Ley 599 de 2000-, describe como delito la suscripción de contratos *con violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en*

prisión de cuatro a doce años. multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas de cinco años...”

Al respecto, debo precisar que en materia de faltas disciplinarias gravísimas, lo único que el operador jurídico toma de la descripción típica penal es el supuesto de hecho de la norma o descripción de la conducta, ya que las sanciones contenidas en ella quien las impone es el juez penal cuando juzga el delito, debiendo el juez disciplinario imponer las sanciones previstas en el CDU para los servidores públicos como para los particulares.

En cuanto a la existencia de esta falta disciplinaria, encontramos que no se dan los presupuestos, ya que debemos tener en cuenta que sólo debemos acudir a las descripciones extra-disciplinarias, cuando la conducta no esté descrita expresamente en el CDU como falta disciplinaria gravísima, es decir, ante la ausencia de regulación disciplinaria expresa. Pero en el caso que nos ocupa, la descripción de este delito no es necesaria para estructurar un tipo disciplinario a partir del numeral 1º del artículo 48 del CDU, ya que de manera expresa el artículo 48, numeral 30 Ibídem contiene la falta disciplinaria como inhabilidades e incompatibilidades, así: *“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...”* Así mismo, de manera genérica el numeral 17 del mismo articulado prevé: *“Actuar u omitir, a pesar de la existencia de casuales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses.”*

Si bien esta técnica, no es aplicable en tanto existe norma especial en el CDU que contiene la descripción típica disciplinaria, es necesario precisar que la intervención en la tramitación y

aprobación del contrato hace parte de la etapa precontractual, en lo relacionado a permitir que una persona que esté incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad o conflicto de intereses participe en el proceso selectivo, debiendo rechazar la propuesta en el evento en que se presente, y si la causal concurre al momento de suscribir el contrato debe la administración abstenerse de suscribir el contrato, pero si el impedimento es sobreviviente igualmente debe la administración tomar las medidas pertinentes o para ceder el contrato si es posible o para darlo por terminado, conforme a los artículos 44 y 45 del ECE. En todo caso es desde el derecho disciplinario, que se juzga esta conducta por encontrar descripción expresa en el CDU y no desde el Código Penal.

Debe tenerse en cuenta que este delito se configura, solo si existiendo la causal de inhabilidad o incompatibilidad, se celebra el contrato, pero no existe el delito si existiendo la respectiva causal no se suscribe o celebra el contrato, aunque se haya adjudicado el contrato. Pero este tipo penal jamás va a ser trasladado del Código Penal al derecho disciplinario como falta, toda vez que el artículo 48, numeral 30 del CDU, tiene regulación expresa tanto en la etapa precontractual como de ejecución contractual, es decir, la falta disciplinaria existe cuando se celebra el contrato y cuando aún si presentándose la causal de inhabilidad o incompatibilidad no alcanza a celebrarse el contrato estatal.

2.2 Interés Indebido en la Celebración de Contratos.

Este tipo penal se encuentra previsto en el artículo 409 del C.P, descrito así: *“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que se deba*

intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro a doce años, multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años.”

El fundamento de este delito, y por ende de la falta disciplinaria gravísima es la remisión que a ella hace el artículo 48, numeral 1º del CDU; es el artículo 209 constitucional y los principios del derecho administrativo definidos en el C.C.A, en tanto el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas o administrativas, tales como el interventor de un contrato o de aquellos previstos en el artículo 366 constitucional y el artículo 53 del CDU, deben ejecutar la actividad contractual de la administración conforme los principios de transparencia, publicidad, economía, eficacia, celeridad, eficiencia y de moralidad administrativa.

De allí, que podamos afirmar que este tipo penal consiste en que si el responsable de la gestión de la actividad contractual de la administración en razón a su cargo y con ocasión del contrato abusando del ejercicio de las funciones públicas a cargo, de manera dolosa se interesa de manera indebida o ilícita en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contratos u operación en que deba intervenir, contrariando los fines de los principios constitucionales de la función administrativa y los fines esenciales del Estado. Interesarse, consiste en actuar de tal manera que el fin sea el de obtener un determinado provecho o resultado favorable al propio agente o de un tercero, tal como que el jefe de un organismo violando la prioridad de la planeación contractual de la Entidad, suscribe un contrato de pavimentación rural del camino vecinal que conduce a su finca, o de la malla vial secundaria del lugar donde tiene su residencia obteniendo una valorización que de no ser porque la hace con violación a otras prioridades

fuera una actuación legítima.

La conducta es indebida o ilícita, ya que el fin que mueve actuar o suscribir o ejecutar el contrato no es el interés público o general de la comunidad, sino porque es un acto contrario a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad en sus actuaciones y en el cumplimiento de sus deberes funcionales, ya que en nombre del Estado actúa como parte representando sus propios intereses y como contraparte. El interés debe ser conforme a la ilicitud prohibida a los servidores públicos, ya que no cualquier interés configura la conducta delictiva, debe ser aquel que implique una ruptura del principio del interés público o general, en desconocimiento de los principios de la función administrativa, pues cualquier actuación contractual que implique el favorecimiento indebido a un particular con ocasión del contrato estatal implica estar incurso en el delito y en la falta.

No obstante, en mi sentir este delito es subsidiario y no principal respecto de la suscripción del contrato con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o de la suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos legales, ya que quien incurre en tales delitos en tanto todos son dolosos habrá incurrido en interés indebido e ilícito en suscribir el contrato o en realizar una operación administrativa de carácter contractual. Si un servidor público se interesa en la celebración de un contrato o en la realización de una gestión o actuación luego de suscrito el contrato y para ello viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o suscribe el contrato sin el lleno de los requisitos legales esenciales, su conducta se adecua a estos dos últimos tipos penales, y no al de interés indebido en la celebración de contratos.

Este último, sólo se configurará cuando no se presenten los supuestos de hecho de los dos delitos mencionados, pero se demuestre que de todas maneras se incurrió en una conducta no descrita en los delitos del artículo 408 y 410 de la Ley 599 de 2000. En materia disciplinaria, también constituye falta gravísima el interés indebido o ilícito, por remisión al artículo 409 del C.P., teniendo en cuenta que es un tipo subsidiario, y que el interés indebido tenga una relación directa entre el cargo o función pública que ejerce el sujeto activo, y la actuación u operación administrativa contractual en desarrollo de la gestión de la actividad contractual de la administración.

Pero en materia disciplinaria, este tipo penal puede constituir falta disciplinaria gravísima cuando se trata de un particular, que siendo sujeto del derecho disciplinario virtud del artículo 53 y 55, numeral 1 del CDU, incurre en un comportamiento que puede calificarse como interés indebido en provecho propio o de un tercero durante la fase precontractual o de ejecución del contrato estatal. Pero si el sujeto disciplinario es un servidor público, no puede incurrir en el delito de interés indebido en la celebración de contrato estatal como falta disciplinaria, ya que el numeral 30, 31, 32, 33 y 34 del artículo 48 del CDU, regula de manera expresa este comportamiento disciplinario.

2.3 Celebración, trámite o liquidación de Contrato sin el Cumplimiento de los Requisitos Legales-Esenciales.

El artículo 410 del C.P, describe el delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales de la siguiente manera: *“El servidor público que por razón del ejercicio de*

sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro meses a doce años, multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años". Este tipo penal y disciplinario contrario a la suscripción de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, comprende no sólo la etapa precontractual, contractual, sino también la etapa poscontractual, al incluir la liquidación del contrato estatal. Si bien el nombre del tipo penal hace referencia a los requisitos legales, el texto del tipo al describir los supuestos de hecho, excluye ciertos requisitos para referirse sólo a los requisitos esenciales de los contratos estatales.

La calificación de requisitos esenciales de los contratos estatales hace, que existan otros que no siendo esenciales, son de naturaleza formal, y su vulneración no constituye ni delitos ni faltas disciplinarias gravísimas, aunque puedan configurar faltas leves o graves conforme a los artículos 34 y 35 del CDU, y son aquellos de procedimiento que no alcanzan a hacer parte del núcleo esencial de los principios de contratación estatal. Si analizamos el ECE encontramos que la ley no define cuales son los requisitos esenciales, pero el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dispone que *"los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por la disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley..."* En ese orden de ideas, es preciso dirigirnos al artículo 1501 del C.C, que estipula: *"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales: Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni*

naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

De acuerdo a lo anterior, son requisitos esenciales de un contrato, la capacidad del contratista, la competencia de las entidades públicas para contratar, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, autorización legal para contratar, el precio, el perfeccionamiento del mismo, y que este se lleve a escrito salvo los casos de la contratación sin formalidades plenas, y la urgencia manifiesta cuando no sea posible contratar con formalidades plenas, el certificado de disponibilidad y registro presupuestal y demás requisitos presupuestales, la licencia ambiental, las licencias de urbanismo, de construcción, los estudios de oportunidad y conveniencia, estudios de mercado para la determinación de los precios, los diseños, planos, estudios de prefactibilidad, factibilidad, estudios de estructuración legal, financiera y técnica; la obtención de licencias y permisos especiales conforme al ordenamiento jurídico; la elaboración previa de los pliegos de condiciones y términos de referencia; el requisito de la inscripción, calificación y clasificación en el registro de proponentes para los contratos en que la ley los exige; la suscripción del contrato sin los procedimientos de ley previstos en la ley – licitación o concurso, o el procedimiento de contratación directa que corresponda; la publicidad de los procesos de selección; exigencia y aprobación de las garantías; sin embargo estos requisitos especiales varían de acuerdo a la tipología del contrato.

Conforme al razonamiento anterior, encontramos que el primer requisito esencial del contrato estatal es el principio de planeación contractual para evitar que los negocios del Estado sean producto de la improvisación, salvo que sean consecuencia reactiva a una causal que da lugar a la declaración de urgencia manifiesta. Finalmente, quiero señalar que los requisitos esenciales

previstos en el artículo 1501 del Código Civil son las descripciones típicas que nos permiten juzgar el hecho punible como falta disciplinaria gravísima en virtud del artículo 48, numeral 1º del CDU, en tanto no están expresamente previstos en el Código Penal, pero los demás requisitos esenciales arriba señalados lo son para efectos penales, mas no para efectos disciplinarios ya en el CDU que se encuentran expresamente previstos en los numerales 3, 17, 29, 30, 31, 32, 33, 34 del artículo 48 Ibídem como falta disciplinaria gravísima de carácter autónoma y sin necesidad de acudir a norma distinta que al derecho público de los contratos estatales.

Los requisitos esenciales de los contratos estatales, es de una regulación cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, cuando señala que el régimen de los contratos de la administración pública, es el derecho civil y comercial, a demás de las regulaciones especiales contenidas en ese mismo Estatuto. Lo anterior, indica que conforme al Código Civil, los requisitos de los contratos son de la naturaleza, accidentales y esenciales. Los requisitos de naturaleza son aquellos que le son propios según su objeto, los accidentales son aquellos que son producto de las estipulaciones contractuales incorporadas en el negocio jurídico, conforme al principio de autonomía de la voluntad y los esenciales, que según el Código Civil y de Comercio, son la capacidad, el objeto lícito, causa lícita y consentimiento exento de error, vicio y dolo.

Los anteriores requisitos esenciales de los contratos del derecho común, le son aplicables igualmente a los contratos estatales, a mas de los requisitos especiales señalados en la Ley 80 de 1993, y las normas que la modifiquen o sustituyan, así como en las normas especiales que

regulen materias particulares, tales como los requisitos especiales de la disponibilidad y registro presupuestal, autorización para comprometer vigencias fiscales futuras a través de contratos, licencias ambientales, licencias urbanísticas, y demás autorizaciones y permisos previos exigidos para cada actividad según haga parte de las obligaciones del contrato estatal a celebrar, permiso para talar árboles, para la deposición de escombros y residuos sólidos, licencias de uso del suelo y de explotación de recursos naturales, aguas, recursos mineros e hidrocarburos.

Cuando los contratos son de obra pública o de concesión que implique el desarrollo de trabajos materiales sobre inmuebles, se requiere la existencia de diseños y de predios para las actividades propias de la construcción, rehabilitación, mantenimiento y conservación. Los otros requisitos esenciales, es la aplicación de las actividades propias descritas como principios de responsabilidad, economía y transparencia contractual en los artículos 24,25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

De tal manera, que cuando los requisitos sean de aquellos expresamente contenidos en los artículos 48, numerales 29 a 34 de la Ley 732 de 2002, la falta disciplinaria para los servidores públicos se estructura entre el CDU con remisión a la Ley 80 de 1993 y a las normas presupuestales, ambientales y urbanísticas, pero como quiera que éste tipo penal es en blanco, jamás acudiremos a él en virtud del artículo 48, numeral 1o para estructurar una falta disciplinaria, por cuanto encuentra regulación expresa en el Código Disciplinario. Pero cuando la conducta sea cometida por un particular sujeto del derecho disciplinario, tales como consultor, interventor, supervisor, contratista de prestación de servicios de asesoría externa o contratista cuya obligación comprenda el ejercicio de una función pública o administrativa,

encontramos que el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, si puede ser la falta disciplinaria gravísima en virtud del numeral 1 del artículo 55 del CDU, toda vez que en el catálogo de faltas disciplinarias para particulares no encontramos falta disciplinaria con regulación expresa.

2.4.- El Principio de oportunidad en materia disciplinaria.

En relación al principio de oportunidad en materia penal tenemos que señalar que en Colombia fue introducido por la reforma constitucional que se hiciera mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Política que dispuso que *"La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos en que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual será sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías"*.

Luego los artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que desarrolla el Sistema Penal Acusatorio en Colombia, introducido al artículo 250 constitucional por el Acto Legislativo 03 de 2002, define y desarrolla el principio de oportunidad en materia penal, señalando su alcance, causales, presupuestos, aplicación y sistema de control de legalidad ante el juez de garantías, e igualmente los artículos 348 y siguientes Ibidem regula los precuerdos, y

negociaciones entre la Fiscalía el imputado o acusado a cambio de beneficios que la misma norma señala, tales como la negociación de la pena.

Lo que propongo es que el legislador en materia disciplinaria introduzca el principio de oportunidad en materia disciplinaria, que le permita al Señor Procurador General de la Nación, renunciar a la acción disciplinaria en relación al autor de una falta disciplinaria gravísima que mediante el sistema de colaboración eficaz con la justicia disciplinaria le entregue a la Procuraduría información, hechos, pruebas que le permitan a la Procuraduría General de la Nación dismantelar organizaciones destinadas a incurrir en delitos de corrupción administrativa, económica y política contra la administración pública, el patrimonio público, la seguridad y existencia del Estado.

Las causales, alcance, procedibilidad y control de legalidad deben ser definidas por el legislador disciplinario, pero la finalidad que persigue es la salvaguarda de los bienes e intereses jurídicos que protege el derecho disciplinario, bajo el entendido que la renuncia que hace la Procuraduría de la acción disciplinaria en relación al sujeto que solicite la aplicación del principio de oportunidad disciplinaria es la renuncia a un derecho del Estado de mero entidad para proteger y amparar derechos esenciales del Estado de orden institucional que fortalezca la política contra la corrupción del Estado, que le permita tomar acciones sobre grupos o bandas de defraudación al patrimonio a la credibilidad ciudadana en sus instituciones, de tal manera que esa renuncia se entienda como mínima con relación al aprestigiamiento que logra la justicia disciplinaria con los resultados obtenidos con la información, pruebas y hechos que le suministra quien decide colaborar en materia disciplinaria con la Procuraduría.

Los beneficios disciplinarios de quien se acoja al principio de oportunidad disciplinaria será la renuncia a la acción disciplinaria en relación a los hechos que lo motivan a solicitar su aplicación. Debe tenerse en cuenta que el principio de oportunidad en relación a la acción penal es de rango constitucional, pues está previsto en el artículo 250 Superior, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, pero éste delegó en el legislador ordinario su desarrollo normativo en cuanto a su definición, finalidad, causales, procedibilidad y control de legalidad.

En materia disciplinaria, bien podría introducirse el principio de oportunidad por vía de reforma constitucional, pero en mi sentir no se requiere, en tanto el acto legislativo 03 de 2002 lo establece en materia penal, delegando su desarrollo en el legislador ordinario, lo que indica que con fundamento en el artículo 250 Superior el legislador disciplinario puede regular el principio de oportunidad disciplinario señalando su definición, alcance, oportunidad, causales de procedencia y el control de legalidad del mismo, bajo el entendido que si el derecho penal es rama esencial del derecho sancionatorio, como lo es igualmente el derecho disciplinario, puede el legislador con sujeción a la misma norma constitucional regular el principio de oportunidad disciplinario para aquellas faltas disciplinarias descritas expresamente en el Código Disciplinario que se encuentren igualmente descritas como delitos en el Código Penal, de aquellos en donde el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo de la acción penal sea un servidor público, es decir, en donde el autor o participe del delito, ya como determinador, cómplice o interviniente esté expresamente descrito en el tipo penal y en el tipo disciplinario como servidores públicos o particulares sujetos de la acción penal y de la acción disciplinaria.

Se trata entonces, que si por los mismos hechos se adelantan las investigaciones penales y

disciplinarias; el principio de oportunidad en materia penal aplicado por la Fiscalía y aprobado por un juez de garantías debe tener no solo efectos penales, sino también efectos disciplinarios, cuando los delitos por los cuáles se concede el principio de oportunidad estén descritos por la ley disciplinaria como faltas disciplinarias gravísimas, evento en el cual el beneficiario del principio de oportunidad penal deberá hacerlo valer ante la Procuraduría General de la Nación para que expida la correspondiente providencia, y tiene como finalidad extender los beneficios del principio de oportunidad en materia penal al orden disciplinario, siempre que el proceso disciplinario esté en curso, pero si ya la providencia disciplinaria se encuentra ejecutoriada debe producirse la revocatoria directa del acto administrativo. Esto como idea esencial, pero será el legislador quien debe regular el instituto.

Pero si la Procuraduría inicia la investigación disciplinaria primero que la Fiscalía podrá tramitar el principio de oportunidad en materia disciplinaria, sin perjuicio de que el justiciable tramite principio de oportunidad, negociaciones o preacuerdos en materia penal con la fiscalía posteriormente, esto es, que el principio de oportunidad en materia disciplinaria solo tiene efectos disciplinarios, pues el control de legalidad es interno de la Procuraduría y no ante el juez de garantías, pero el principio de oportunidad en materia penal si debe tener efectos en materia disciplinaria.

Así mismo, si bien es distinto las negociaciones o preacuerdos en el sistema penal, puesto que se trata de aceptación de responsabilidad, negociación de pena y beneficios por colaboración con la justicia, es importante señalar que si un sujeto del derecho disciplinario, colabora con la Procuraduría General de la Nación en investigaciones por conductas que vulneran el derecho

internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el patrimonio público, la administración pública y especiales intereses de la política estatal contra la corrupción política, económica y administrativa y esta es calificada como eficaz, debería el legislador ofrecer la posibilidad para en aquellos eventos en donde no sea posible el principio de oportunidad en materia disciplinaria, al colaborador disciplinario se le otorguen beneficios como la disminución en el término de inhabilidad o calificación de la falta según o defina el legislador en la ley que desarrolle el tema. Dejo este planteamiento para la comunidad académica, que con seguridad tendrá opositores así como quienes la comparten, pero en todo caso como tal es una propuesta que puede contribuir a enriquecer la discusión para avanzar en ella o en descartarla.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO PRIMERO.

Cuando el artículo 48, numeral 1º, y el artículo 55, numeral 1º del CDU dispuso, que constituyen faltas disciplinarias gravísimas los delitos que a título de dolo describa el Código Penal siempre que fueran conductas realizadas por servidores públicos o particulares en ejercicio de sus funciones, en razón o con ocasión o abusando de ellas, teníamos claro que era con el fin de juzgar disciplinariamente aquellas conductas que ante la imposibilidad de regularlas todas en el CDU, fuera posible estructurarlas igualmente como faltas gravísimas.

Pero al realizar el ejercicio de la remisión al Código Penal, encontramos que el CDU reguló casi en su totalidad todas las irregularidades en que podía incurrir un servidor público en razón y con ocasión del contrato estatal en cualquiera de sus etapas. Es como a partir del numeral 29 del artículo 48 del CDU, encontramos la descripción de conductas contractuales específicas con relación directa o indirecta al contrato estatal en su fase precontractual o de preparación del contrato, en su fase contractual o de ejecución del mismo, y por último en su fase poscontractual o de liquidación del contrato estatal. Igualmente, encontramos otras faltas disciplinarias gravísimas contenidas en el mismo artículo que no están referidas al contrato estatal, sino a las actuaciones administrativas de los sujetos del derecho disciplinario en general

y son las genéricas, como la prevista en el numeral 17 Ibídem, que hace relación al actuar estando incurso en conflicto de intereses.

En ese orden de ideas, son pocas las conductas contractuales descritas como delitos que por remisión expresa vamos a tener que acudir al Código penal para estructurar la falta disciplinaria, ya que si se trata de la suscripción de contratos con violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, si bien está descrita como delito no es necesario acudir a ella porque está expresamente prevista como tal en el numeral 30 del artículo 48 del CDU.

Lo mismo ocurre con la suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales, pues estos están contenidos en el numeral 30, 31, 32, 33 34, 35 del artículo 48 del CDU como faltas disciplinarias gravísimas abiertas, y para estructurarlas sólo debemos acudir al régimen jurídico que constituye el derecho público de los contratos estatales. Allí están protegidos los principios de contratación estatal, los requisitos previos, permisos, licencia ambiental, aplicación del régimen presupuestal, los estudios técnicos, los estudios financieros jurídicos, de prefactibilidad y factibilidad, estudios del mercado; luego hay que acudir a las descripciones de los delitos de celebración indebida de contratos cuando se trate de los requisitos previstos en el artículo 1501 del C.C., que son: Capacidad, objeto y causa lícita y consentimiento, porque los demás están regulados expresamente como falta gravísima en el CDU.

El delito de interés indebido o ilícito en la celebración de contratos, es subsidiario de los otros dos, ya que siempre que se incurra en uno de ellos se entenderá que el móvil es precisamente ese interés ilícito o indebido lo que los condujo a actuar, y solo se configurará este de manera

principal y autónoma cuando el interés esté motivado en otras descripciones distintas a las contenidas en ellos.

Pero si tuviéramos que remitirnos a otros delitos, tales como el prevaricato, la falsedad o el peculado, es mucho más lo que tiene que aportarle el Código Penal al artículo 48, numeral 1º del CDU, en tanto estas descripciones prácticamente todas están ausentes del régimen disciplinario. Es posible que una conducta descrita como delito, y que sea juzgada como falta disciplinaria mientras en derecho penal de lugar a la absolución, en el derecho disciplinario de lugar a sanción, y todo por la naturaleza propia de los delitos y de las faltas, su estructura, la forma de atribución de responsabilidad disciplinaria, la ilicitud sustancial exigida en derecho disciplinario, la exigencia de la fusión de la tipicidad con la antijuridicidad que de no existir desaparece de un solo tajo la falta, deviniendo la atipicidad de la conducta. Finalmente, me permito precisar que cuando estructuro una falta disciplinaria a partir de la remisión que me autoriza el CDU al Código Penal, no estoy juzgando delitos, sino trayendo al derecho disciplinario sólo la descripción de la conducta, dejando para el derecho penal, la estructura del delito y de la responsabilidad penal, así como la sanción, para aplicar al estructura de la falta y de la responsabilidad disciplinaria, así como las sanciones previstas en el CDU.

CAPITULO SEGUNDO
CONTROL JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE LAS ACTUACIONES DEL JUEZ DISCIPLINARIO .

El Estado constitucional, social, democrático y participativo de derecho, institucionalizado y regulado por la Constitución Política de 1991, desarrolla el principio de separación de poderes, representado en las ramas del poder público, ejecutiva, legislativa y judicial, y los órganos de vigilancia y control, como la Procuraduría General de la Nación titular de la acción disciplinaria; y la Contraloría General de la República como titular de la acción fiscal.

Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación como titular de la acción disciplinaria, es el juez por excelencia de la conducta oficial de los sujetos disciplinarios ya servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas o administrativas. Y decimos juez, no porque sea propiamente la acepción que corresponda, en tanto la Procuraduría ejerce la función disciplinaria a través del proceso disciplinario que está integrado por actuaciones de tipo administrativo y cuya decisión definitiva culmina con un acto administrativo ejecutoriado. Entonces desde el punto de vista formal, la Procuraduría General de la Nación, no es juez disciplinario, en tanto ejerce una competencia netamente administrativa y no está adscrita a la rama judicial; pero desde el punto de vista material, si es juez disciplinario en tanto constitucionalmente en virtud del principio de separación de poderes, del principio democrático ejerce con autonomía e independencia de los demás órganos de vigilancia y control y de las tres ramas del poder público, la función de conocer de conductas de los sujetos disciplinarios, adecuarlas a los tipos disciplinarios, practicar pruebas, garantizar el debido

proceso, el derecho de defensa, el contradictorio, realizar valoración probatoria, y absolver o sancionar al sujeto disciplinario conforme al principio de la sana crítica, consignando en una decisión debidamente motivada, el fallo que sólo está sometido a la ley, es decir, a los presupuestos legales para emitir una decisión en uno u otro sentido.

Así las cosas, encontramos que un Estado social de derecho no hay fisura, esto es, que no hay actos, actuaciones, acciones u omisiones u operaciones del Estado que no estén sujetos a control, luego el acto administrativo disciplinario no puede ser la excepción. Es por ello, que contra las actuaciones y actos administrativos disciplinarios hay controles constitucionales, tales como la acción de cumplimiento, la acción de tutela, y las acciones populares o de grupo, cuando quiera que existan derechos constitucionales vulnerados y se imponga el deber y derecho del titular del mismo, en este caso de los afectados con la actuación disciplinaria, de exigirle al juez la garantía de los derechos fundamentales, legales y colectivos.

Así mismo, existe la posibilidad legal de que las actuaciones y actos administrativos disciplinarios, sea sometidas al control del juez de la administración, esto es que se demande la nulidad simple, la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo disciplinario, así como la acción de repetición contra los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, de las Personerías municipales y distritales y de los jefes de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades públicas, cuando el acto administrativo disciplinario haya sido declarado nulo por parte del juez de la administración.

1. La acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares o de grupo contra la Procuraduría General de la Nación, Personerías Municipales o Distritales y las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades estatales.

La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.*

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Si bien durante el proceso disciplinario, ya sea verbal u ordinario las autoridades en ocasiones incurren en acciones u omisiones que afectan derechos fundamentales. De allí, que mientras se adelanta el proceso disciplinario, existen mecanismos de defensa de los derechos fundamentales del investigado, tales como el derecho que tiene a que se le notifique el auto de apertura de la indagación preliminar, del auto de apertura de investigación disciplinaria, del pliego de cargos, del auto que decreta pruebas, el derecho al traslado para alegar de conclusión previo al fallo, la

notificación del fallo de primera instancia, así como el de segunda. Así mismo, tiene el derecho a que se le comunique el auto de suspensión provisional, de su prórroga, y que se realice una investigación integral. Cada una de éstas actuaciones deben ser públicas, y el disciplinado tiene derecho a acceder a las investigaciones, a obtener copia de ellos. Así mismo, la ley le otorga el derecho y los mecanismos al investigado para ejercer el derecho a la defensa, y es el de exigir la notificación de las actuaciones y actos, la entrega de copias, el decreto de pruebas, a presentar los recursos de reposición, apelación y queja según el caso, la revocatoria directa de los actos administrativos disciplinarios, a exigir el traslado para efectos de alegar de conclusión.

Si la autoridad disciplinaria, no dio lugar o no permitió que se ejerciera el mecanismo de defensa concreta, procederá la acción de tutela para que el juez dé la orden respectiva siempre que a pesar de que existe el mecanismo, no se pudo ejercer porque el juez de tutela no lo permitió, no dio lugar a ello, o a pesar de haberlo ejercido no le dio respuesta a la petición o no tramitó el recurso, etc. Pero si no existe otro medio previsto en la Ley, podrá el titular ejercer la acción disciplinaria como en el caso del auto de suspensión provisional del servidor público mientras se adelanta la investigación disciplinaria.

Así mismo, si expedido el acto administrativo disciplinario y procede el recurso de reposición, apelación y queja, deberá hacerse uso de éstos, y una vez agotados, ya sea porque se presentaron y no se les dio trámite, o no se resolvieron, o porque habiéndose resuelto se afectaron derechos fundamentales. En estos casos, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo disciplinario, pero como sabemos el juez administrativo se toma el tiempo que demande la actuación, y cuando quiera que existan

perjuicios irremediables como cuando se destituye o suspende de un cargo de periodo fijo, o porque implica la separación definitiva o temporal de un cargo público, procedería la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se demande el acto ante el juez administrativo, y según sea el caso, el juez de tutela puede disponer que la suspensión de los efectos del acto administrativo estará sometido a la decisión definitiva del juez administrativo o de la suspensión provisional del acto administrativo disciplinario según el caso.

Así mismo, el artículo 87 constitucional dispone que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”*.

En este caso, encontramos que cuando quiera que la Procuraduría General de la Nación, la Personería u oficina de control disciplinario se abstenga de cumplir una norma de contenido material de Ley contenida en el CDU, o en alguna otra norma del ordenamiento jurídico dentro de un proceso disciplinario, si luego de hacer la respectiva petición de cumplimiento a la autoridad disciplinaria, si se sigue absteniendo se podrá incoar ante el juez administrativo la acción de cumplimiento, tal como es el caso de la petición de iniciar la acción disciplinaria contra una persona en concreto, la petición de prescribir la acción disciplinaria a favor de una persona, la petición de aplicar la excepción al régimen de inhabilidad o incompatibilidad, desde luego siempre que sea posible hacerlo por los mecanismos disciplinarios previstos en el Código y mediante la acción de tutela. Desde luego, no procederá acción de tutela, cuando no se encuentre legitimada la persona para ello, y desde luego procederá la acción de tutela cuando quiera que la aplicación de la norma omitida, no tenga como núcleo esencial afectado un

derecho fundamental.

De otra parte, conforme igualmente procederá acción popular o de grupo, contra la autoridad disciplinaria, cuando por inmoralidad administrativa o en defensa de los derechos colectivos ambientales, culturales etc, la autoridad disciplinaria se abstenga de iniciar un proceso disciplinario contra un sujeto que ha incurrido en acción u omisión de derechos colectivos tales como la moralidad administrativa, o el medio ambiente o los derechos culturales de la sociedad o un grupo de personas. Lo anterior, en virtud del artículo 88 constitucional, se puede intentar la acción popular *“para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica”*.

2. La Acción de Nulidad Simple, y la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra los actos administrativos disciplinarios complejos de naturaleza sancionatoria, expedidos por la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y Distritales y las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades estatales.

El acto administrativo disciplinario una vez ejecutoriado, tiene consecuencias ante la autoridad competente encargado de ejecutarlo, esto es el nominador, que deberá hacer efectiva la sanción impuesta, esto es, la amonestación por escrito, la multa, suspensión o destitución del cargo, quien deberá hacerlo a través de actos administrativos de ejecución contra los cuáles no procede recurso alguno, salvo que un juez constitucional de tutela suspensa los efectos del acto

administrativo disciplinario sancionatorio, o el juez contencioso administrativo en el auto admisorio de la demanda suspenda provisionalmente los efectos del acto administrativo sancionatorio.

2.1.- Ejecución administrativa y registro de las sanciones disciplinarias impuestas mediante actos administrativos ejecutoriados.

El acto administrativo ejecutoriado que contiene la sanción disciplinaria, está revestido de la presunción de legalidad, y como tal puede desvirtuarse ante el juez administrativo a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

El operador disciplinario, una vez se declare la ejecutoria del acto administrativo disciplinario de carácter sancionatorio, deberá enviarlo a la entidad encargada de ejecutar la decisión correspondiente a través de la expedición de un acto administrativo de ejecución, contra el cual no procede recurso alguno. En ocasiones, las personas afectadas intentan ante la Entidad encargada de ejecutar el acto administrativo disciplinario, interponer recursos, revocatorias directas, suspensión de la decisión de expedir el acto administrativo de ejecución para hacer efectiva una sanción disciplinaria. Nada de eso es posible, mientras esté ejecutoriado el acto administrativo que impone la sanción y u juez de la República no disponga lo contrario por vía de acción de tutela, cumplimiento, acción popular o por suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos o por declaración de nulidad definitiva.

Lo anterior, encuentra fundamento en que cualquier impugnación contra el acto administrativo

sancionatorio, tiene que hacerse en vía administrativa ante la autoridad que lo produjo, o ante su superior inmediato, y por vía judicial ante el juez constitucional de tutela o el juez administrativo que conoce de las acciones de cumplimiento y contencioso administrativa. En vía administrativa, se puede intentar la revocatoria directa para sustraer del ordenamiento jurídico el acto administrativo disciplinario.

Contra el acto administrativo disciplinario , procederá ante el juez administrativo competente la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con la finalidad de que el juez anule el acto administrativo y en consecuencia decrete el restablecimiento del derecho conculcado con la decisión anulada, que según las pretensiones de la demanda, puede consistir en el reintegro del cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía, con la declaración de no solución de continuidad, el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir durante el lapso que se verifique entre la separación del cargo y su reintegro efectivo.

Los funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones disciplinarias, conforme al artículo 172 del CDU, son los siguientes:

1. El Presidente de la República, respecto de los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias a los Gobernadores y los Alcaldes de los Distritos de Bogotá D.C; Barranquilla, Santa Marta y Cartagena. En el evento en que el Presidente de la República se declare impedido para el efecto, conforme a las causales previstas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, deberá declararse impedido o tramitar la recusación ante el Procurador

General de la Nación, y si este lo aceptare, en el mismo acta designará el Presidente de la República Ad-Hoc para que expida el correspondiente acto administrativo de ejecución de la sanción disciplinaria. De la misma manera procederá, cuando el Presidente de la República se declare impedido para designar Alcalde Distrital o Gobernador Encargado y este le fuere aceptado, evento en el cual el Señor Procurador General de la Nación designará el Presidente de la República Ad-Hoc para que lo designe de la terna que le presente el correspondiente partido, o para designar el encargo transitorio mientras el correspondiente partido o movimiento presenta la respectiva terna de candidatos.

2.- Los Gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.

3.-El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción.

4.-Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas, tales como las juntas administradoras locales, los concejos municipales y distritales, las asambleas departamentales, el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

5.-El Representante Legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos directivos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado respecto de los trabajadores oficiales.

6.- Los Presidentes, gerentes o directores de las entidades y organismos descentralizados o sus

representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.

7.-La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas o administrativas, interventores, supervisores, consultores, contratistas de prestación de servicios de asesoría externa.

Una vez producida la ejecución del acto administrativo disciplinario-sancionatorio, se enviará a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos del registro y expedición del correspondiente certificado de antecedentes disciplinarios, conforme al artículo 174 del CDU.

2.2- Del deber de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia, y de la extensión de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado en las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, Personerías Distritales y Municipales y de las oficinas de control interno disciplinario.

Es importante señalar, que las competencias disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, de las Personerías y de las oficinas de control interno, se hace a través de procedimientos ordinarios y verbales, calificados como actuaciones administrativas complejas, cuya conclusión se concreta en la expedición de un acto administrativo, revestido de la presunción de legalidad que sólo se desvirtúa ante el juez de los actos de la administración, es decir, los jueces administrativos.

La novedad de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, es que la disposición establecida en los artículos 10 y 102, es de una enorme trascendencia en el ámbito disciplinario, esto es, que el Norte oficial en la operación del derecho disciplinario y su creación dogmática, ya no será señalado por la Procuraduría General de la Nación, como tampoco por la doctrina. Hasta ahora, la Procuraduría General de la Nación operaba el derecho disciplinario con la sujeción su propia doctrina del derecho disciplinario, y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia era tomada en cuenta sólo como un criterio auxiliar. Ello daba lugar a que en muchos casos, al interior de la Procuraduría, los distintos procuradores delegados, regionales, distritales y provinciales juzgaran conductas disciplinarias ocurridas en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar de manera distinta, lo cual vulneraba el derecho a la igualdad de acceso y de demanda de justicia disciplinaria de los destinatarios de la Ley disciplinaria.

Ahora, con la Ley 1437 de 2011, los operadores disciplinarios en Colombia están sujetos a la aplicación unificada de las normas y de la jurisprudencia, lo que es de buen recibo para la vigencia del Estado de social de derecho, en cuanto y en tanto impide que la doctrina disciplinaria cambie cada cuatro años cuando se posesione un nuevo Procurador, ya que esta debe trascender a fenómenos transitorios como la permanencia de un titular del Ministerio Público, sobre todo si tenemos en cuenta que conforme a la Constitución Política de 1991 el poder en Colombia es institucionalizado y no personalizado, al igual que mientras la doctrina disciplinaria es fijada por el Procurador General de la Nación, la jurisprudencia del Consejo de Estado es mas democrática y estable en tanto es expedida por un juez plural integrado por treinta y uno (31) Magistrados, de los cuales veintisiete (27) integran la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo y cuatro (4) Magistrados la Sala de Consulta y Servicio Civil, en donde sus posiciones jurisprudenciales tienen la finalidad de unificar la jurisprudencia, cuyos debates son producto de las distintas posiciones asumidas en sus sentencias de única, primera o segunda instancia por parte de los distintos jueces administrativos de los circuitos y Magistrados de los distintos distritos judiciales del país.

Es por ello, que la Procuraduría General de la Nación, las Personerías y Oficinas de Control Disciplinario tienen el deber en la operación del derecho disciplinado sustancial y procesal, así como en la adecuación de las conductas a los tipos disciplinarios abiertos, cerrados y en la aplicación de la jurisprudencia, están obligados a aplicar no la doctrina interna del operador disciplinario sino la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, así como la aplicación unificada de las normas en todas las situaciones fácticas-conductuales que sean objeto de juzgamiento disciplinario, pues el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispone que *" al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"*.

De allí, que para el operador disciplinario el concepto, definición, noción, naturaleza, características y alcance de las instituciones contractuales de la delegación, desconcentración, prescripción, caducidad, acción disciplinaria, acto administrativo, contrato estatal, contrato interadministrativo, adición, contrato adicional, mayores cantidades de obras, multas, penal pecuniaria, declaración administrativa de incumplimiento, cláusulas excepcionales, liquidación

de contratos etc, será lo que disponga la ley, y lo que que defina la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, lo que implica que la Procuraduría General de la Nación será un operador de la ley disciplinaria, de la ley contractual y de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, frente a lo cual no le es dable reemplazar la mencionada jurisprudencia del Consejo de Estado por doctrina propia, so pena de incurrir en causal de anulación de los actos administrativos disciplinarios. Es decir la Procuraduría General de la Nación, las personerías y oficinas de control disciplinarios como titulares de la acción disciplinaria en nombre del Estado están sometidos a la Ley y a la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.

Para que los titulares de la acción disciplinaria puedan aplicar su propia doctrina, deben proceder a lo siguiente:

- a.- A verificar que no exista sobre el asunto concreto jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.
- b.- Que no exista jurisprudencia ordinaria unificada de las secciones del Consejo de Estado sobre un asunto de su competencia.
- c.- Que no exista sentencia sobre un asunto expedido por alguna subsección de una sección del Consejo de Estado.
- d.- Luego de verificar lo anterior, es que procederá a aplicarse la doctrina de la Procuraduría General de la Nación, lo que es consecuente y coherente con el artículo 2o de la Ley 1437 de

2011 que somete a las autoridades disciplinaria al control judicial de sus actos administrativos.

2.3.- De la solicitud de aplicación de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado por el sujeto disciplinario que acredite los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

El sujeto del derecho disciplinario que estime que la autoridad disciplinaria en una actuación le ha vulnerado o amenaza con vulnerar el derecho a la igualdad en la aplicación de los efectos de una jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, durante alguna de las etapas del proceso disciplinario, desde la indagación preliminar hasta la ejecutoria de la decisión disciplinaria definitiva; o luego de la ejecutoria del mismo en el evento en que no haya tenido la oportunidad de alegarlo durante el proceso; podrá solicitar ante la autoridad disciplinaria competente, esto es, la Procuraduría General de la Nación, Personería u oficina de control disciplinario de la respectiva Entidad la aplicación de la extensión de los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

"Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer un derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1.- Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra e la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia unificada invocada.

2. las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolver la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente :

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición, pero en todo caso durante ese lapso se suspenderán los términos de caducidad para la presentación de la demanda contencioso administrativa en el evento en que se trate de actos administrativos disciplinarios definitivos y ejecutoriados, suspensión que no es aplicable si se trata del reconocimiento de un derecho que se solicita durante el proceso disciplinario.

Es el caso, de la solicitud de reconocimiento de los derechos que emanan de la garantía

constitucional del debido proceso, tal como el derecho a estar representado en el derecho disciplinario por un Abogado, el derecho a la declaración e caducidad y prescripción de la acción disciplinaria, el derecho al reconocimiento de la existencia de una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, el derecho al reconocimiento de la existencia de la atipicidad de la conducta disciplinaria, el derecho al reconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre instituciones precontractuales, contractuales y postcontractuales, tales como requisitos previos, procedimientos de selección de contratistas, celebración de los contratos cláusulas excepcionales, multas, penal pecuniaria, garantías, ecuación contractual, riesgos previsibles e imprevisibles, liquidación de contratos, mecanismos alternativos de resolución de conflictos contractuales, urgencia manifiesta, nulidad absoluta de los contratos etc.

2.4.- Revocatoria directa de los fallos sancionatorios, absolutorios, de los autos de archivo definitivos, expedidos por las autoridades disciplinarias.

Los artículos 122 y siguientes de la Ley 734 de 2002, regulan la procedencia, competencia y causales de revocatoria directa de los actos administrativos disciplinarios ejecutoriados; que fueron modificados por los artículos 47, 48 y 49 de la Ley 1474 de 2011, veamos:

2.4.1.- Procedencia de la revocatoria directa de los actos administrativos disciplinarios que contienen fallos absolutorios, y de los actos administrativos de archivo definitivo que concluyen la actuación disciplinaria.

Los actos administrativos disciplinarios de naturaleza sancionatoria y los actos administrativos de archivo definitivo que concluyen la actuación disciplinaria, conocidos como fallos y autos respectivamente, pueden ser revocados conforme al artículo 47 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el artículo 122 de la Ley 734 de 2002. Pueden ser revocados de oficio, o a petición del sancionado, por parte del Procurador General de la Nación o por quién los profirió, pudiendo el quejoso solicitar la revocatoria del acto administrativo de archivo definitivo.

En relación a lo anterior, debo señalar que el Procurador o quien haya proferido el acto administrativo sancionatorio puede revocar el acto administrativo a solicitud del afectado o de oficio, lo que en desarrollo del principio de legalidad implica el restablecimiento de la legalidad por parte de la misma autoridad disciplinaria si lo hace de oficio, lo que no exige la autorización del afectado, en tanto la decisión le es favorable, y si lo hace a petición de parte, es decir, del afectado, es el restablecimiento de la legalidad por parte de la autoridad disciplinaria ante la petición del afectado, que implica la autorización para la revocatoria del mismo.

La novedad, es que la reforma de la ley 1474 de 2011, le da al archivo definitivo de la actuación disciplinaria un alcance diferente al que tenía originalmente en la Ley 734 de 2002, en tanto inicialmente implicaba que la decisión tenía un carácter definitivo y tenía un carácter inmutable frente a la autoridad disciplinaria que lo profirió, y es que por esos hechos no se

podía volver a investigar al sujeto disciplinario. Ahora tiene un carácter relativo, en tanto el acervo puede ser revocado de oficio o a petición del quejoso, cuando afecte derechos fundamentales o infrinjan las normas constitucionales, legales y reglamentarias, siempre que sobrevengan pruebas que así lo demuestren, esto es, la actuación que resuelva la revocatoria directa no se puede constituir en una instancia más, porque sería relevar a la autoridad disciplinaria de la responsabilidad de aplicar el ordenamiento jurídico y valorar las pruebas al momento de proferir el auto de archivo definitivo.

La revocatoria de un auto de archivo definitivo y del fallo sancionatorio implica la compulsación de copias para que se investigue la conducta disciplinaria de quien lo produjo contrariando el ordenamiento jurídico o vulnerando derechos fundamentales, a menos que se establezca que ello fue producto de valoración probatoria y de interpretación de normas jurídicas exentas de dolo y culpa, y que ello fue producto de la operación normal y ordinaria de la competencia disciplinaria.

Si el fallo disciplinario fuere absolutorio, y el auto de archivo definitivo de la actuación disciplinaria y las conductas investigadas constituyen violación al derecho internacional de los derechos humanos, y del Derecho Internacional Humanitario, podrá ser revocado únicamente por el Procurador General de la Nación de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado. Lo anterior es conforme a derecho, si se tiene en cuenta que las mencionadas conductas están descritas como tal en los tratados internacionales suscritos por Colombia, que hace parte del derecho interno por lo que se conoce como bloque de constitucionalidad, y es razonable y procedente la revocatoria de la absolución y el auto de

archivo toda vez que si existe en Colombia impunidad disciplinaria, las víctimas o perjudicados podrían acudir a la justicia internacional.

2.4.2 Competencia para la revocatoria directa de los actos administrativos disciplinarios.

1.- El fallo sancionatorio y el auto de archivo puede ser revocado directamente por el Procurador General de la Nación de oficio o a petición del sancionado, en el evento en que lo haya proferido su Despacho o algún funcionario de la Procuraduría General de la Nación.

2.- El fallo sancionatorio y el auto de archivo puede ser revocado directamente por el funcionario que profirió la decisión.

3.- El fallo absolutorio o el auto de archivo, cuya conductas están descritas como violatorias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario podrá ser revocado directamente por parte del Procurador General de la Nación de oficio o a petición de la víctima o perjudicado.

4.- Los fallos sancionatorios y autos de archivo podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido o por su superior funcional.

5.- El Procurador General de la Nación podrá revocar de oficio los fallos sancionatorios, los autos de archivo y el fallo absolutorio. En los casos del fallo absolutorio, únicamente cuando se

trate de faltas que constituyan violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría General de la Nación o autoridad disciplinaria, asumir directamente el conocimiento de la petición de revocatoria, cuando lo considere necesario.

2.4.3. Causales de revocación directa de los actos administrativos disciplinarios.

El plazo para que el Procurador General de la Nación o quien lo profirió proceda a decidir sobre la revocatoria, es de tres (3) meses calendario contados a partir de su recibo, pero en todo caso se podrá hacer la revocatoria directa de oficio o a petición de parte, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo a auto de archivo. Si es a petición de parte, procede aunque se haya demandado ante el juez administrativo, la nulidad del acto administrativo disciplinario, siempre que no se haya proferido sentencia definitiva, y si se hubiere proferido el fallo, procede la revocatoria por causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional.

Si la revocatoria se tramita a solicitud de parte, debe hacerse dentro de los cinco años siguiente a la ejecutoria del acto administrativo, siempre que no se haya hecho uso de los recursos obligatorios de agotamiento de la vía gubernativa, pero no obstante en virtud del derecho de petición si se hizo uso de los mencionados recursos se le puede solicitar a la entidad competente que lo revoque directamente haciendo uso de la potestad de hacerlo de oficio. Si la Entidad lo hace de oficio, procederá en cualquier tiempo siempre que la causa por la que pretenda revocarla no es la misma que dio lugar a la decisión de juez administrativo en el evento de

haber sido demandado el acto administrativo disciplinario.

2.5. La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho como medio de control de legalidad del acto administrativo disciplinario de naturaleza sancionatoria.

De conformidad con el artículo 138 del CPACA, toda persona sujeto del derecho disciplinado que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo sancionatorio de carácter particular y concreto y se le restablezca el derecho, teniendo en cuenta el tipo de sanción disciplinaria impuesta, así:

a.- Si se trata de la sanción de destitución, el restablecimiento del derecho se produce con el reintegro del mismo cargo del cual se le destituyó a oro de igual o superior jerarquía, atendiendo el nivel y naturaleza del cargo. Por ejemplo si se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativo se reintegrará a ese cargo o a otro de igual o superior jerarquía, pero si se trata de un cargo como de periodo fijo tal como contralor, personero, concejal, diputado o congresista, gobernador, alcalde solo el restablecimiento se puede hacer al mismo cargo siempre que no haya culminado el periodo para el cual fue elegido o designado, porque si ya este periodo transcurrió, a titulo de restablecimiento solo se ordenará el pago de todas las acreencias y prestaciones laborales a que tenía derecho a percibir durante el mencionado periodo.

Para efectos de demandar la Nulidad y Restablecimiento del Derecho del acto administrativo disciplinario, debe cumplirse con los siguientes presupuestos y requisitos; así:

1.- Que el acto administrativo se encuentre incurso en una o varias causales de nulidad previstos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 del 2011, por las cuales se puede demandar el acto administrativo disciplinario, conforme al artículo 137, son las siguientes:

a.- Cuando haya sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse, elemento objetivo del acto administrativo disciplinario.

b.- Por haber sido expedido por servidor público incompetente, elemento subjetivo del acto administrativo disciplinario.

c.- Por haber sido expedido en forma irregular o vicios de forma, elemento formal del acto administrativo disciplinario.

d.- Por haber sido expedido con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, elemento formal y material del acto administrativo disciplinario.

e.- Por haber sido expedido con falsa de motivación, elemento causal del acto administrativo disciplinario.

f.- Por haber sido expedido con desviación o abuso de poder, elemento finalístico del acto administrativo disciplinario.

2.- Que no haya caducado la acción, esto es que se demande dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo sancionatorio.

3.-Que se haya agotado la vía gubernativa, esto es, se haya interpuesto el recurso de reposición o apelación en los casos de doble y única instancia respectivamente, y estos se hayan resuelto.

4.- Que se haya cumplido con el requisito de procedibilidad de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, esto es haber agotado la conciliación prejudicial ante el Ministerio Público.

5.- Como se trata de un acto administrativo complejo debe demandarse todos los actos administrativos expedidos tanto en primera como única instancia, así como los actos administrativos que resuelven los recursos de reposición y apelación.

6.- Si la sanción es de destitución e inhabilidad, la pretensión es la Nulidad del acto administrativo, y a título de restablecimiento, el reintegro y pago de los derechos económicos dejados de percibir, o la indemnización de los perjuicios cuando no fuere posible el reintegro. Así mismo, deberá solicitarse ante la Procuraduría General de la Nación, la cancelación del registro de antecedentes disciplinarios como consecuencia de la nulidad del acto administrativo disciplinario.

7.- Si la sanción es de suspensión, la pretensión es la nulidad del acto, la cancelación del

antecedentes y a título de indemnización el pago de las acreencias laborales dejadas de perseguir y los daños consecuenciales que le haya ocasionado el acto en el reconocimiento de otros derechos, tales como los ascensos para los miembros de la fuerza pública etc.

8.- Si la sanción es de multa, además de la nulidad del acto, se solicita el valor de la multa si fue cancelada, así como los demás daños consecuenciales que le haya ocasionado.

9.- Si la sanción fuere de amonestación escrita, además de la pretensión de nulidad del acto administrativo, el restablecimiento se solicita respecto de los daños que haya sufrido el afectado como consecuencia de la sanción, como la efectuación de la carrera diplomática y consular, la carrera judicial, la carrera de la fuerza pública etc.

10. No es posible demandar la nulidad simple del acto administrativo sancionatorio, toda vez que conforme al artículo 137 del CPACA, *"Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente"*, es decir de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, y es que el acto administrativo disciplinario, de la sola declaratoria de nulidad, lleva consigo la nulidad de la inhabilidad impuesta para ejercer cargos públicos y la suscripción de contratos con la administración pública.

Pero además, cabe recurrir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente a los fallos proferidos en las Sentencias C-181 de 2002; C-1076 de 2002 y C-037 de 2003, en los que la Corte, ha tocado varias cuestiones relevantes, en primer lugar, en la Sentencia C-181 de

2002, MP Dr. Marco Gerardo Monrroy Cabra, la Corte Constitucional ha indicado, entre otras cosas, que el derecho disciplinario *“es una rama esencial al funcionamiento del Estado “enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”.*

También agrega la Corte, que el derecho disciplinario está *“integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”*, adicionando ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado. *“El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas.”*

En cuanto a los fines específicos e independientes del campo disciplinario y el penal, señaló la Corte: “El hecho de que la potestad sancionatoria del Estado se despliegue en dos direcciones - una disciplinaria y otra penal- sin que por ello se invalide la majestad del principio del *non bis in idem*, resulta entonces de la consideración de que en cada campo, la potestad sancionatoria del Estado persigue fines específicos e independientes”.

3.- La acción de repetición contra servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, Personerías Municipales y Distritales y las Oficinas de Control Interno

Disciplinario de las entidades estatales como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos disciplinarios.

Ahora bien, la Constitución Política en su artículo 90 consagró la acción de repetición II de los Derechos, las Garantías y los Deberes, Capítulo IV De la Protección y Aplicación de los Derechos, señala en su artículo 87 que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la Sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”*. El Juez competente es el Juez Administrativo o el Tribunal Contencioso Administrativo de conformidad con lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso.

Respecto de la responsabilidad del Estado y el daño antijurídico la Corte Constitucional, acude a su propio precedente y en la Sentencia C-430, reitera lo señalado en la Sentencia C-333 de 1996, MP Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que desde el Derecho Comparado, puntualiza, lo siguiente:

"Nótese que el Sistema Español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio; la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta. Así, la doctrina española ha entendido este régimen de responsabilidad en los siguientes términos:

"Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes,

supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (o “funcionamiento de los servicios públicos”, simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución).

(...)

Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial”.

- 6- La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la **responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables**; y el otro, **por la ley, la responsabilidad de los funcionarios**.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber

jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo (subrayas no originales)".

- 7- Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese Tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, **"el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"** (La negrilla por fuera del texto original).

Al hacer expresa referencia la Corte, a los artículos 77 y 78 del C.C.A., señaló:

- 3.3. En el artículo 77 del C.C.A. se consagró la responsabilidad de los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas o a las privadas que cumplan funciones públicas.

El artículo 78, cuya constitucionalidad se analiza, se puede considerar como un desarrollo procesal de la mencionada disposición, porque alude a la legitimación, que se predica de los perjudicados para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, (legitimación activa) no sólo a la entidad causante del perjuicio, sino al funcionario o a ambos, (legitimación pasiva), e igualmente a la regulación procesal relativa a la efectividad del principio de responsabilidad del funcionario, en cuanto señala la forma como debe proceder el juez competente en caso de prosperar la demanda contra la entidad o contra ambos, y cuando se considere que el funcionario deba responder, en todo o en parte, por los perjuicios causados.

...Ahora, cabría preguntarse, si por el hecho de que el artículo 78 autorice que la demanda pueda promoverse contra la entidad comprometida en el daño, o contra ésta y el funcionario, se desbordan los límites de la regulación constitucional?.

Desde luego que no, porque la referida norma debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario. De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la mencionada norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde.

Teniendo en cuenta, entre otras, las anteriores Consideraciones, la Corte, llegó a la siguiente conclusión:

- a) La norma cuestionada habilita al perjudicado para promover la acción resarcitoria frente a

la entidad, el funcionario o contra ambos. Sin embargo, debe entenderse que la responsabilidad del agente se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad, o contra ambos.

- b) Cuando prospera la demanda contra ambos, la sentencia declara la responsabilidad de la entidad pública, así como la responsabilidad del funcionario por haber incurrido en la conducta dolosa o gravemente culposa que contribuyó a la ocurrencia del daño. Pero la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario; pero a la entidad se le reconoce el derecho de repetir lo pagado contra el funcionario. Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado.
- c) Entiende la Corte, además, que así no se demande al funcionario o agente, el juez administrativo esta facultado para llamarlo en garantía de oficio o a solicitud de la entidad demandada o del ministerio público. En este evento, la situación procesal es exactamente igual a la que ocurre cuando se vincula directamente a aquél como demandado en el proceso. Y si no ocurre ni lo uno ni lo otro, la solución se encuentra en el inciso segundo del artículo 86 del C.C.A. en la forma como fue modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que en relación con la reparación directa dispone:

"Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resultan perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública".

Finaliza, la Corte, puntualizando que *“El funcionario puede ser condenado a repetir siempre que haya sido demandado en un proceso conjuntamente con la entidad pública, o cuando es llamado en garantía en éste, o cuando se le impone la obligación de restituir a la entidad pública lo pagado en proceso separado, según la norma antes transcrita”*.

En suma, la acción de repetición está prevista en la Carta Política en su artículo 90, cuyo postulado Superior, indica que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste y su régimen y su régimen legal fue desarrollado por la Ley 678 de 2001.

Ahora bien, en materia disciplinaria, la Ley 734 de 2002 –CDU-, en sus artículos 48 numerales 36 y 57 y el artículo 174, en su orden, señala que es falta gravísima no instaurar en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado o no enviar a la Procuraduría General de la Nación dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se

deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía.

De otra parte, previó el legislador que las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, consagró la acción de repetición como un mecanismo contencioso administrativo par que *"Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma e terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra éstos lo pagado.*

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante llamamiento en garantía del servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado de pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el

proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño".

Lo anterior, nos conduce a establecer que la acción de repetición supone la existencia de una sentencia condenatoria de responsabilidad contra el Estado, o se puede intentar con la demanda inicial presentada contra la Entidad pública, dentro de la cual el demandante además de señalar como sujeto pasivo de la acción contenciosa administrativa al ente público, incluir en un litisconsorcio facultativo al funcionario responsable, o solicitar su vinculación a través del llamamiento en garantía.

CONCLUSIÓN CAPÍTULO SEGUNDO.

Es importante, señalar que tanto la Procuraduría General de la Nación, como las Personerías Distritales y Municipales, las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades estatales, al ejercer la potestad disciplinaria, son titulares de la función administrativa, y por tanto el proceso disciplinario es de naturaleza administrativa, es decir, está integrado por distintas etapas y actuaciones que se adelantan en virtud de procedimientos administrativos reglados en la Ley 734 de 2002, y culmina con la expedición de un acto administrativo, que como todos, están sujetos al control de legalidad por parte del juez administrativo a través de las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así mismo, encontramos que como quiera los destinatarios de la acción disciplinaria son los servidores públicos y particulares establecidos en la Ley 734 de 2002, igualmente son titulares de derechos fundamentales, lo que se traduce en que para defender tales derechos se puede acudir a las acciones constitucionales, como la tutela, cumplimiento, acciones populares y de grupo, así como la acción de repetición en desarrollo del principio constitucionalidad de responsabilidad.

La acción de repetición es necesario tenerla en cuenta, ya que en ocasiones los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, de las Personerías y de las Oficinas de Control Interno Disciplinario, actúan en la efervescencia de las circunstancias políticas del momento, en atención al estado de opinión y no al Estado social de Derecho, o actúan de manera premeditada o de manera contraria a la Ley, lo que significa que en el momento se expide el acto administrativo, que revestido por su carácter obligatorio, se cumple no obstante se encuentre incurso en causal de nulidad, ya que la presunción de legalidad únicamente se puede desvirtuar ante el juez de la administración, a menos que la misma autoridad disciplinaria que la expidió o su superior, la revoque directamente, lo que implica que si este acto administrativo es demandado y posteriormente anulado por el juez de la administración; es deber de los servidores públicos competentes incoar la respectiva acción de repetición contra el Procurador, personero o jefe de la oficina de control interno disciplinario y el equipo que intervino en la actuación administrativa, para que devuelva a título de indemnización a la administración, el valor económico con que reparó a la persona afectada con el acto administrativo disciplinario anulado.

CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

Durante la etapa de preparación del contrato, ya sea por el procedimiento de licitación pública o concurso de méritos, o en la etapa de ejecución del contrato estatal, o en la fase postcontractual o de liquidación del mismo, terminación anticipada del contrato o dentro del plazo previsto, o que la liquidación haya sido convencional o en forma legal; se presentan múltiples conductas o comportamientos contractuales que generan y dan lugar a la configuración de faltas disciplinarias gravísimas y de delitos de celebración indebida de contratos estatales, o delitos contra el patrimonio público, contra la administración pública o de justicia y contra la fe pública.

Las faltas disciplinarias para los sujetos contractuales están previstas en el artículo 48 del CDU, si son servidores públicos; pero si son particulares, sus faltas son las establecidas en el artículo 55 *Ibídem*; descritas en ambos casos como faltas disciplinarias gravísimas específicas y genéricas, a saber: Específicas, en cuanto las conductas a que se refiere la norma son de naturaleza contractual, que pueden ser abiertas o cerradas; y genéricas, en tanto las conductas descritas en el CDU, se refiere a conductas de distintas materias, tales como la actividad presupuestal, prestación o gestión de servicios, a donde debemos acudir para adecuar al tipo

disciplinario una conducta contractual cuando no existe en el CDU un tipo con la descripción específica

Pero en defecto de las descripciones en uno u otro sentido, el numeral 1º del artículo 48 del CDU nos permite acudir a normas extra-disciplinarias, como el Código Penal para llevar al derecho disciplinario las descripciones típicas penales en materia del delito de celebración indebida de contratos, que mediante una aplicación integradora del derecho público de los contratos estatales con el derecho disciplinario y el penal, nos llevan a la conclusión que las descripciones contenidas en los artículos 408, 409 y 410 del Código Penal, salvo algunas excepciones señaladas en el capítulo quinto están descritas de manera genérica y especial como falta disciplinaria gravísima en el CDU.

Es aplicable con mayor amplitud, pero en todo caso con carácter subsidiario otros delitos contra la administración pública y de justicia, tales como las distintas modalidades de falsedad, el fraude procesal, el prevaricato, el tráfico de influencia, los delitos contra el patrimonio público como el peculado etc; pero que en todo caso para que sean faltas disciplinarias debe partirse del hecho de que el sujeto activo calificado haya actuado en razón y con ocasión de las funciones que ejerce como servidor público y haber actuado a título de dolo, excluyéndose los delitos culposos y aquellos que se cometieron en razón y con ocasión distinta al cargo que se desempeñaba en la función pública.

Para los particulares sujetos del derecho disciplinario en razón o con ocasión del contrato estatal, al no aplicárseles las faltas disciplinarias previstas en el artículo 48 del CDU, sino las

especiales previstas en el artículo 55 Ibídem, y al observar que allí no existen descripciones de conductas contractuales, tenemos que admitir como faltas disciplinarias genéricas las descritas en los numerales siguientes: 2.- Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución y la Ley; 3.- Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función; 4.- Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente; 5.- Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación; 6.- Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos; 7.- Abstenerse de denunciar a los servidores públicos o particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público; 8.- Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo; Abusar de los derechos o extralimitarse en funciones, y las previstas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59, párrafo cuarto del artículo 48 del CDU. Cuando quiera que la conducta contractual de los particulares no se describa en la expresamente previstas en el artículo 55 del CDU, por remisión expresa al Código Penal tomaremos las descripciones típicas penales cuando hayan sido realizadas a título de dolo en razón y con ocasión de sus funciones previstas en la ley especial que lo autoriza, el convenio administrativo o contrato estatal que se suscriba conforme al artículo 210 constitucional y la Ley 489 de 1998.

Esta segunda parte del trabajo investigativo, se ha propuesto precisar en qué consiste la contratación debida, partiendo del derecho público de los contratos, suministrando herramientas al gestor contractual estatal para realizar su actividad conforme a derecho, pero también le señala a los distintos sujetos contractuales aquellas conductas en las que no puede incurrir en cualquiera de las etapas de la contratación estatal, pero en atención al reconocimiento de la dignidad humana y a la titularidad de los derechos fundamentales que posee el justiciable disciplinario, señalamos una metodología que puede resultar adecuada para que el operador jurídico disciplinario contractual, ya sea el juez, el procesado o su defensor; encuentren herramientas jurídicas sustanciales y procesales para juzgar y defenderse de una conducta o comportamiento descrito por el CDU como falta disciplinaria de naturaleza contractual.

El detrimento patrimonial estatal, es una conducta compleja que podemos caracterizar con un comportamiento transversal a todas las fases del contrato estatal, en tanto en la etapa de preparación, de ejecución y de liquidación del contrato estatal se pueden asumir conductas por acción u omisión, dolosas o culposas que generan detrimento patrimonial. Es por ello, que en materia de contratación existe el daño contractual cuando se causa a una de las partes del contrato y por tanto hay lugar a la indemnización de los perjuicios para reparar el daño causado como consecuencia de su incumplimiento. Pero en desarrollo de una actividad contractual, también una de las partes le puede causar daño a un tercero con el cual no se tiene vínculo contractual alguno, y allí surge el daño extracontractual. En ambos casos, hay lugar a su reparación y el Estado al tener que reparar el daño sufre una aminoración en su patrimonio, que puede ser tipificado para el sujeto de derecho disciplinario como falta disciplinaria gravísima.

Para que se estime, que el Estado haya sufrido un daño que haya generado como perjuicio un detrimento en su patrimonio, tiene que efectivamente haberse producido una aminoración en su patrimonio, es decir, debe probarse el alcance del daño contractual o extracontractual, que debe ser cierto, luego debe producirse la imputación que es la persona o parte contractual que lo ocasionó, y por último debe señalarse el fundamento que no es otra que la causa jurídica que impone el deber de reparar.

El perjuicio patrimonial es causado por el daño material, que para efectos del daño contractual es el daño emergente, consistente en todos los recursos que salieron del patrimonio del Estado como consecuencia del daño, es decir, la cuantía a la que ascendió la indemnización que debió pagarle la administración a quien sufrió el daño; mientras que el lucro cesante son todos aquellos ingresos que dejó de percibir el Estado como consecuencia del daño contractual, como el caso de las utilidades que debió recibir la empresa estatal si como consecuencia del incumplimiento de un contrato no pudo comercializar su producto.

Los daños inmateriales, tales como el daño moral y el fisiológico le causan detrimento patrimonial al Estado cuando debe indemnizarlos, entran al rubro del daño emergente estatal; pero si el Estado le causa un daño a un tercero durante la ejecución de un contrato cuyo objeto es la realización de un trabajo público la construcción de una obra, el Estado está obligado a indemnizarlo. De allí, que para definir el alcance del detrimento patrimonial como falta disciplinaria gravísima, debemos acudir a la doctrina y a la jurisprudencia de carácter civil de los jueces contencioso administrativo y los jueces ordinarios, en lo que tiene que ver con el contenido y alcance del daño contractual y del daño extracontractual, agregando que la

conducta que genera el detrimento patrimonial será falta disciplinaria gravísima si se comete a título de dolo, o de culpa gravísima; pero si la culpa es grave o leve, la conducta será atípica, ya que en este último caso entiende la doctrina que el detrimento patrimonial debe ser asumido por el Estado ya que la conducta del agente estatal que la cometió es excusable por ser producto del riesgo natural a que está sometida toda actividad estatal.

CONCLUSIÓN GENERAL.

Cuando iniciamos este trabajo investigativo teníamos claro, que el propósito era hacer un aporte a la teoría del derecho y a la doctrina sobre la naturaleza, esencialidades y categorías dogmáticas del derecho disciplinario, en cuanto la conducta a juzgar estuviera descrita como falta disciplinaria gravísima ocurrida en razón y con ocasión de la gestión de la actividad contractual de los titulares de la función administrativa, es decir, el Estado.

Así mismo, era evidente que en el medio jurídico no existía una investigación sobre las características propias del juzgamiento disciplinario de los contratos estatales, a partir de una metodología que permitiera la estructuración sustancial de las faltas disciplinarias gravísimas en materia contractual, de tal manera que sugiriera a los distintos operadores jurídicos disciplinarios construir una línea doctrinaria coherente sobre cómo debemos juzgar las conductas o comportamientos contractuales; proceso en el que debíamos involucrar a los funcionarios disciplinarios competentes de la PGN, las PM y las OCID, así como también a los defensores y procesados, en este último caso a los destinatarios del CDU – artículo 25 y 53-,

que para efectos contractuales son todos los servidores públicos que directa o indirectamente realicen conductas descritas como faltas disciplinarias con relación, en razón y con ocasión de la gestión de la actividad contractual de la administración, así como los particulares sujetos del CDU, como los interventores, los particulares que presten funciones públicas inherentes a las potestades estatales, y los que presten los servicios públicos de salud, educación, aseo, acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, conforme al artículo 53 del CDU y el artículo 366 constitucional.

Como quiera que existen múltiples regímenes de contratación de las entidades estatales, y ello generaba la mayor inseguridad jurídica a los gestores contractuales públicos, nos dimos a la tarea de estudiarlos y compilarlos, para llegar a concluir que existe genéricamente uno solo, y es lo que conocemos como derecho público de los contratos estatales, integrado por tres regímenes a saber: a. El régimen general contenido en el ECE, que realmente hoy es el régimen excepcional de contratación ante la existencia de 34 regímenes de contratación especiales ; b) Régimen especial en virtud del objeto del contrato; y c) Régimen especial en razón a la naturaleza jurídica de las entidades contratantes. Queda claro, entonces tanto para el gestor, el asesor contractual cuál es el régimen jurídico aplicable a cada contrato estatal, como para el juez disciplinario cual es el régimen jurídico contractual al que debe acudir en cada caso para estructurar la existencia de una falta disciplinaria en cada caso concreto, pues en ocasiones se formulan pliegos de cargos o fallos disciplinarios con normas de contratación distintas a las aplicables.

Luego de analizar con precisión quienes son los sujetos disciplinables contractuales, su juez

competente, sus faltas y sanciones disciplinarias, era necesario analizar todos los comportamientos irregulares de la contratación que se pueden presentar en sus distintas etapas para concluir que para la persona que no sea especialista en el derecho público de los contratos estatales, va a tener dificultades tanto para actuar como jueces disciplinarios, como para realizar una adecuada defensa en un proceso disciplinario, ya que la estructuración de la falta, la adecuación típica de la conducta – tipicidad y antijuridicidad – se hace por el operador jurídico desde el derecho público de los contratos estatales teniendo como punto de llegada el CDU, mientras que el análisis de la culpabilidad se hace desde la estructura sustancial del CDU.

La contratación debida, es el punto de partida para establecer cuándo estamos en presencia de una contratación indebida, ya que esta es su antítesis, dado que no se trata de la adecuación formal de la conducta al tipo disciplinario, o la infracción de reglas de contratación, sino que la ilicitud sustancial en que debe fundarse el ilícito disciplinario surge del conocimiento de los fines de la contratación estatal, de los aspectos sustanciales de los deberes y derechos en materia de contratación, del alcance, categorías y elementos que integran las normas principios de contratación estatal y de su diferencias con las normas reglas de contratación estatal.

De otra parte, es preciso señalar que el juzgamiento de una conducta o comportamiento contractual debe hacerse con una técnica de aplicación del derecho disciplinario que genere la sistematización e integración del derecho de los contratos con el derecho disciplinario, desde luego con apoyo en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado y de la SDCCJ, como de la doctrina de la PGN, que permite garantizar el derecho a la igualdad de trato frente a la ley, ya que la comunidad espera que los distintos jueces

disciplinarios apliquen la justicia disciplinaria atribuyéndole la misma consecuencia jurídica, a quienes se encuentren frente a los mismos supuestos de hecho y frente a las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar finalmente es el fin que cumple el recurso de apelación en los procesos de doble instancia, y el recurso de reposición en los procesos de única instancia, en los casos en que emplea materialmente su función, ya que la doble instancia tiene un aspecto negativo, que es el ejercicio del control jerárquico que ejerce el superior respecto del funcionario de inferior jerarquía a través del poder de instrucción que tiene sobre los asuntos a su cargo, así como también el control que se ejerce sobre los actos del funcionario, ya que quien toma la decisión de primera instancia o de segunda instancia están sometidos por el principio jerárquico al poder de instrucción del superior. Si a los funcionarios tanto de primera como de segunda instancia no se les permite que ejerzan sus funciones y tomen sus decisiones con la autonomía e independencia, con sujeción única al ordenamiento jurídico, y con la ayuda de la jurisprudencia y la doctrina como criterio auxiliar, el principio constitucional de doble instancia, o de independencia del juez sólo se garantizará de manera formal, pero material y sustancialmente se ve amenazada.

Finalmente, quiero concluir que siendo el derecho público de los contratos estatales un régimen que hace parte del derecho público, cuya finalidad es regular la actividad contractual de la administración para que previo el cumplimiento de derechos fundamentales y de los principios orientadores de la función administrativa, y la administración pública pueda cumplir la finalidad y los cometidos esenciales del Estado, observamos que el derecho disciplinario constituye un régimen de protección no del contrato estatal en sí, sino de las herramientas previstas por el legislador para lograr esos fines, y por tanto el derecho disciplinario de una

parte es derecho público por procurar el correcto funcionamiento de la gestión pública, pero también es derecho genérico y específicamente sancionatorio en tanto, impone de manera ejemplarizante y correctiva sanciones e inhabilidades a quienes han infringido el deber funcional de actuar o de abstenerse de hacerlo conforme se lo indica el ordenamiento jurídico, que en este caso es el contenido normativo del derecho de los contratos estatales.

En estricto derecho, se hace necesario que el legislador disciplinario en garantía del principio constitucional de legalidad de la tipicidad disciplinaria, revise, precise y describa expresamente las conductas que constituyen falta disciplinarias en que incurran los servidores públicos o particulares sujetos de la acción disciplinaria, esto es, que sólo constituye falta disciplinaria aquellas conductas o comportamientos contractuales de los servidores públicos o particulares que actúen en nombre de las entidades públicas contratantes o contratistas que estén expresamente descritas como tal en la Ley disciplinaria; pues lo que hoy tenemos es que sólo existen conductas expresas y concretas descritas como faltas disciplinarias gravísimas las señaladas en los numerales 32, 33 y 34 de la Ley 734 de 2002, consistentes en *declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello, aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la Ley; y 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 en su totalidad*". En lo demás observamos que los numerales 30 y 31 del CDU, establece como tipo disciplinarios *intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal...con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución; participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual...con desconocimiento de los principios que*

regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la Ley.

Establecer como faltas disciplinarias la vulneración a los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 y los principios constitucionales de la función administrativa genera una descripción gaseosa de las faltas disciplinarias, toda vez que los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior están definidos por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, y desarrollados de manera abstracta en el artículo 3o de la Ley 1437 de 2011, así como también los principios de la contratación están desarrollados en los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 como criterios orientadores de la actividad precontractual, contractual y poscontractual sin la graduación o calificación de los criterios de mayor o menor gravedad, o actividades orientadoras de la actividad de mayor o menor importancia, o con criterios principales y subsidiarios de orientación de la actividad contractual. Lo que implica, que para el legislador disciplinario las descripciones abstractas y generales que hace la Ley 80 de 1993 y la Ley 1437 de 2011 de los principios orientadores de la contratación estatal y de la función administrativa del Estado sin importar su alcance, importancia y el carácter de principal o subsidiario frente a los intereses de la administración tienen una misma naturaleza y es que son falta disciplinaria gravísima, lo que vulnera los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que el legislador al disponer que a vulneración de principios son faltas disciplinarias gravísimas incurre en el error de señalar que todas las conductas allí descritas sin importar su alcance tienen las mismas consecuencias y lesionan con la misma intensidad los intereses que protege el derecho disciplinario cuando dispone que todas son faltas disciplinarias gravísimas sancionables con la máxima sanción posible que es la destitución del cargo o empleo público con inhabilidad general de 10 a 20 años.

Y ello no es así, porque cuando el legislador describe las actividades de manera general que constituyen el contenido de los principios de contratación estatal como criterios orientadores de la gestión precontractual, contractual y poscontractual, pero nunca las clasifica entre deberes y obligaciones de las partes en el contrato estatal como de mayor o menor importancia, de mayor o menor intensidad y es el artículo 30 y 31 de la Ley 734 de 2002, la que con vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad equipara todos los comportamientos a lesión gravísimas a los bienes e intereses jurídicos que protege el Estado para juzgarlos como faltas disciplinarias. Ello afecta los principios internacionales del derecho sancionatorio, como el principio de humanización, razonabilidad y proporcionalidad entre la conducta, la lesión al bien o interés jurídico protegido y la sanción a imponer.

El carácter abstracto y general de la descripción que hace los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 de los principios orientadores de la contratación estatal, hace que la precisión que exige la formulación del auto de cargos al investigado por conductas o comportamientos contractuales dependa no de la garantía del principio de legalidad del tipo disciplinario, sino de la interpretación que haga el operador disciplinario al formular el auto de cargos y proferir el fallo disciplinario, pues por la imprecisión de la descripción de las conductas al momento de precisar el comportamiento investigado y de adecuarlo a los numerales 30 y 31 del artículo 48 del CDU, debemos remitirnos a los artículos 23,24,25 y 26 de la Ley 80 de 1993, lo que indica que siempre el juzgador disciplinario completa el tipo disciplinario con sus interpretaciones y no con descripciones expresamente previstas en la ley. Y es que los principios descritos en normas jurídicas corresponden a descripciones generales que permitan orientar la actividad

contractual, lo que indica que ello debe tener descripción específica y concreta, mientras tanto aceptar que todo lo que quepa dentro de la descripción de un principio es falta disciplinaria es permitir que la concreción que no le da la norma jurídica al principio lo tenga que hacer con interpretación el operador disciplinario y ello contraría el principio de legalidad del tipo disciplinario que exige que la falta debe estar descrita expresa y taxativamente por la Ley.

Por ejemplo, en el caso de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, que consiste en que celebrar contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades constituye falta disciplinaria gravísima en mi sentir cumple con la garantía constitucional de legalidad del tipo, en cuanto basta con verificar la celebración del contrato y la existencia de la causal o causales de inhabilidad o incompatibilidad y ello se establece verificando en la Ley que la describe de manera concreta, y debe leerse de manera específica y de manera taxativa.

En materia de contratación por ejemplo, para la ley disciplinaria constituye falta gravísima el celebrar contratos sin los requisitos previos necesarios para su ejecución. Ello implica que el régimen jurídico contractual debe señalar cuales son los requisitos necesarios y suficientes por cada tipo de contrato, y definir el alcance de qué es lo suficiente, y qué es lo necesario para su ejecución, pero resulta que en Colombia existe un vacío legislativo, normativo y de regulación en este sentido, lo que implica que son los operadores disciplinarios los que amparados en la investidura del Estado sancionador, al momento de realizar la adecuación de la conducta al tipo disciplinario al encontrar el vacío se convierten además de jueces o funcionarios con competencias disciplinarias, en legisladores para cada caso, completando el tipo disciplinario

con lo que su conocimiento privado le permite establecer en relación que en cada caso concreto el contrato requiere o nó del requisito, y lo que es peor, aún existiendo el requisito en el contrato se atreven a calificarlo de insuficiente o necesario para su ejecución con el sólo hecho de la argumentación razonable para estructura el tipo disciplinario y eso vulnera el principio de legalidad de la tipicidad disciplinaria, pues es el legislador quien debe determinar en el tipo disciplinario cerrado cuales son los requisitos previos necesarios y suficientes para cada contrato, y si considera el legislador que no debe meterse en esas materias, será el legislador contractual el que debe señalar por cada contrato los requisitos previos para tomar decisiones precontractuales, contractuales y postcontractuales, así como también tendrá que definir cuál es el alcance de la expresión necesario y suficiente, porque de lo contrario es asignarle un margen de discrecionalidad al operador disciplinario en la adecuación y juzgamiento disciplinario de los comportamientos contractuales, ya que éstos deben depender de la ley y no la posiciones, o interpretaciones de los operadores jurídicos disciplinarios de turno.

Es el caso de la tasación de los honorarios en los contratos de prestación de servicios, los mecanismos de selección de contratistas, que si bien la ley señala que es de contratación directa, el juzgamiento disciplinario de los comportamientos y procedimientos de selección, así como el alcance de los requisitos de idoneidad, experiencia, capacidad y los criterios de fijación de honorarios, así como los requisitos y procedimientos de los contratos de cesión y su aprobación cambian en la doctrina de los operadores disciplinarios cada vez que cambia la posición de quienes están a cargo del ente de control disciplinario y ello atenta no sólo con la seguridad jurídica sino también contra los principios constitucionales e internacionales del derecho

sancionatorio. Igualmente ocurre con los estudios de mercado para la adquisición de bienes y servicios en materia de contratación, toda vez que la ley de manera razonable determina que el estudio de mercado debe establecer con criterios de razonabilidad los valores promedios de los productos a adquirir en el mercado. La Ley no dice a través de que mecanismos se hace, pero en el mundo real de negocios esto se hace a través de la solicitud de cotizaciones, revisión de precios SICE, consulta de catálogo de precios que publican las agremiaciones etc.

Pero resulta que los operadores disciplinarios en ocasiones al tratar de establecer sobrecostos en los productos contratados, en el pliego de cargos y en los fallos con pura interpretación y de decisiones disciplinarias dicen lo que no ha dicho el legislador, como que las cotizaciones se debieron solicitar a fabricantes o distribuidores y no a comerciantes que venden en el mercado el producto determinado, que el estudio es insuficiente porque se hizo con dos o tres cotizaciones y se encestaban cuatro o cinco, o debieron consultarse entidades a nivel nacional o regional. Todo ello constituye arbitrariedades amparadas bajo el poder de que otorga la investidura del cargo, porque esas exigencias determinadas en los fallos no reguladas ni establecidas ni en la ley disciplinaria ni en la Ley contractual y sus decretos reglamentarios.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

AGUILÓ Regla, Joseph. *Teoría General de las Fuentes del Derecho* (y del orden jurídico). Ed. Ariel Derecho, S.A. Barcelona, 2000.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*. Universidad Externado de Colombia, 2000.

A. N. PRIOR. Escapism: *The Logical Basis Of Ethics*. En A. Melden (ed): *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958.

ARIZA MORENO, WEINER. “*Las cláusulas de multas en la contratación estatal*” en *Revista de Derecho Público* No. 11- Diez años de la especialización en Gestión Pública e instituciones administrativas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

BACHOFF, OTTO, *Constitución y Jueces*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

BARRERA CARBONELL, ANTONIO. *Regulación en servicios públicos*, en Revista de Derecho Público No. 11- Diez años de la especialización en gestión pública e instituciones administrativas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

BETACURT JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 1999.

BILBENY, Norbert, *Aproximaciones a la Ética*. Barcelona, Ariel, 1992.

BIDART CAMPOS GERMÁN, *Las Obligaciones en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1987.

CASTILLO BLANCO, Federico. *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, Madrid, Editorial Civitas, 1992.

CASTILLO BLANCO, Federico, *Principio de Proporcionalidad e Infracciones Disciplinarias conforme a la Jurisprudencia*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

CEDIEL, de Peña, M., *Contratación Directa*, Memorias Tercer Seminario Nacional de Contratación Estatal, Bogotá D.C., 2009.

CEDIEL DE PEÑA, MARTHA. *Equilibrio financiero del contrato*, en Revista de Derecho Público No. 17. Aspectos Controversiales de la contratación estatal. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

CORTINA, Adela, *El Paradigma ético del Estado Contemporáneo*, Bogotá, 1994.

CHEMAS JARAMILLO, JORGE EDUARDO. *Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano*, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Ed. Legis, Ed. 2001.

DE VIVERO, ARCINIEGAS, FELIPE. *La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal*, en Revista de Derecho Público No. 17. Aspectos controversiales de la contratación estatal. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

DOMINGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid Marcial Pons, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1989.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Ed. Legis 2001.

ESCOBAR ENRIQUEZ, ALVARO B. *El contrato estatal de obra*. Ediciones Gustavo Ibáñez,

Bogotá, 2000.

EXPOSITO VELEZ, Juan Carlos. *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*. Análisis de la selección de contratistas. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad, en Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III. Madrid, Editorial Civitas, 1998.

FRANCO GUTIERREZ, OMAR. *La Contratación administrativa*. Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Cuarta Edición. Bogotá, 2000.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, Tomo II, 1993.

GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A., Mexico. P.486 citado en Laudo Arbitral de Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Dr Alfredo Uribe Carbonell. Diciembre 10 de 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Colección de Derecho Disciplinario No.5*, 2003, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Universidad

Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá. 2000.
Universidad Externado de Colombia.

GILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean, *Diccionario Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

GRACIA MACHO, Ricardo, *Las Relaciones Especiales de Sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.

HALPERIN, Isaac. *Seguros*. Volumen II. Ediciones De Palma. Segunda edición, actualizada por Juan Carlos Feliz Morandi. Buenos Aires. 1983.

HIERRO, José, *Lógica de las Normas*, Madrid, Tecnos, 1971.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. *El Daño*. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1998. Barcelona.

HERNÁNDEZ, M., P. Alfonso, *Descentralización, Descentralización y Delegación en Colombia*, Editorial Legis, 1999.

HERRERA BARBOSA, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Jorge Ibáñez. 2003.

HESSE CONRADO, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

HOSTIOU, RENÉ, *Ordenamiento territorial, medio ambiente y propiedad privada: elementos de reflexión jurídica sobre la imputabilidad del costo ambiental de las políticas públicas*. En: Revista de Derecho Público No. 11- Diez años de la especialización en Gestión Pública e instituciones administrativas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

IBÁÑEZ, Najar, Jorge E., *20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano*. En:

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Consideración Crítica del Principio de Permisi3n seg3n el cual lo no prohibido est3 permitido*, Universidad del Pa3s Vasco, Espa3a. Teoría Analítica del Derecho, Documentos de Trabajo, Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, 2002.

JIMÉNEZ AGUIRRE, Iván Alberto, *La prueba del Contrato de Seguro a partir de la expedici3n de la Ley 380 de 1997*, Colombia, Revista de Derecho Divisi3n de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte No. 22, 2004, ISSN 0121-8697.

KARL OLIVECRONA: *Law as Fact* (1939), London, Wilde & Sons, 1962. *El Derecho como Hecho*, Traducci3n de Jer3nimo Cortez Funes, En ap3ndice: *El Imperativo de la Ley*, Traducci3n de Jos3 Julio Santa Piter, Buenos Aires, Roque Depalmam 1959.

KRINGS HERMANN, Baumgartner, HANS MICHEL y WILD, CRISTOPH y otros, *Conceptos Fundamentales de Filosofía*, Barcelona, Editorial Herder, 1977.

LEGAZ y LACAMBA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Editorial Bosch, 1979.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Memorias del XXI Encuentro Nacional*, ACOLDESE - Asociación Colombiana de Derecho de Seguro, Bucaramanga, 1998.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Bogotá D.C. Dupré Editores, 2004.

LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Editorial Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ MEDINA, Diego E., *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Primera Edición, año 2000.

LOZANO, OLGA LUCIA Y SARMIENTO RAFAEL. *El papel de los marcos de referencia internacionales y de las agencias reguladoras en el desarrollo de la infraestructura*, en Revista de Derecho Público No. 14-. Universidad de los Andes, Bogotá, junio de 2002.

MATTES, HEINZ. *Problemas de Derecho Penal Administrativo*. Editorial JAÉN, Revista de

Derecho Privado, 1979.

MEJIA OSSMAN, Jaime, *Código Disciplinario Único*, Librería Doctrina y Ley, Bogotá, 2002.

MELÉNDEZ, Julio, I., *Teoría de la Falta Gravísima y Juzgamiento Disciplinario de los Contratos Estatales en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2005.

MIER BARROS, PATRICIA. *El régimen jurídico del contrato estatal*, en Revista de Derecho Público No.17, Aspectos Controversiales de la contratación estatal, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

MONTES DE ECHEVERRY, SUSANA Y MIER BARROS, PATRICIA. *Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos*, en Revista de Derecho Público No. 11- Diez años de la especialización en Gestión Pública e instituciones administrativas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

MONTES DE ECHEVERRY, SUSANA. *“La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”*, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Civitas, España, 2002.

OTERO BAHAMON, NATALIA ANDREA. *Riesgos de corrupción en la contratación pública: Recomendaciones para prevenirla*. Monografías de Administración, No. 72, Facultad de Administración, Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.

OSSA Efrén, *Teoría General del Seguro*, El Contrato, Ed. Temis. Bogotá, 1991, 2ª Edición.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Jurídica Sánchez R. 2002.

PALACIO JARAMILLO, MARIA TERESA. *Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público*, en Revista de Derecho Público No. 11- Diez años de la especialización en gestión pública e instituciones administrativas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

PALACIO JARAMILLO, MARIA TERESA. *Selección de contratistas y Cláusulas excepcionales*, en Revista de Derecho Público No. 17- Aspectos controversiales de la contratación estatal, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

PALACIO JARAMILLO, MARIA TERESA. *Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia*, en Revista de Derecho Público No. 14- La contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá.

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. *La Contratación Directa de las entidades estatales, en Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, Tomo. 1. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP. FONADE- Proyecto MAFP II- Convenio 191113.

PALACIO MEJIA, HUGO. *La concesión y la teoría económica de los contratos*, en Revista de Derecho Público No. 11- Aspectos controversiales de la contratación estatal, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

PARRA GUTIERREZ, WILLIAN RENE. *Los contratos estatales*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.

PASCUAL, MARIA DE LOS ANGELES. *Las garantías de seguros en los contratos de concesión*, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

PEÑA CASTRILLON, GILBERTO, *La función de los árbitros en el arbitraje colombiano*, en Revista de Derecho Público No. 17- Aspectos controversiales de la contratación estatal, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

PINO RICCI. Jorge. *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2005.

PRADA FONSECA, EDUARDO. *La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas*, en Revista de Derecho Público No. 14, la Contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, junio de 2002.

QUERALT JOAN J., *El Principio non bis ídem conforme a la Jurisprudencia*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.

RAMÍREZ, Ocampo, Augusto. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991.

REYES ECHANDIA, Alfonso. *La Tipicidad*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1979.

REYES CUARTAS, José Fernando, *Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal*. Colección Derecho Disciplinario. No.3. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2003.

ROA, Salguero, D.A., y FERRER, Leal, H.E., *La Falta Disciplinaria en la Contratación Estatal*, Ediciones Nueva Jurídica, 2º. Edición, Bogotá D.C., 2009.

RODRÍGUEZ, César. *El Debate Hart-Dworkin*, La Decisión Judicial. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1999.

RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del Poder Público en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2007.

ROSS, Alf, *Directives ad Norma*. London, Routledge & Kegan Paul, 1968.

SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 6ª Edición, 1988.

SÁNCHEZ Morón, Miguel. *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

SANTOFIMIO GAMBA, Jaime Orlando. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

SIERRA PORTO, Humberto A., *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.

SOLANO SIERRA, Enrique. *Contratación Administrativa*. Librería del Profesional. 2002.

SUAREZ CAMACHO, GUSTAVO y JARAMILLO CARO, SANTIAGO. *Los contratos de*

asociación a riesgo compartido en telecomunicaciones, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

TORRES CALDERON, LEONARDO AUGUSTO. *Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana*, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación Pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

VIDAL, Perdomo, Jaime, *Reforma Administrativa de 1968: antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias*. Universidad Javeriana.

VIDAL PERDOMO. Jaime. *Derecho Administrativo*. Décima Tercera Edición. Legis. 2008.

YOUNES MORENO, Diego, *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, 8ª Ed. Librería Temis 1998.

ZAMBRANO MUÑOZ, CESAR. *Solución de las controversias contractuales mediante el sistema judicial. Problemas y recomendaciones*, en Revista de Derecho Público No. 14. La Contratación pública en el desarrollo de la infraestructura. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá.

ZEI DE DURAN, MARIA CRISTINA. *Fundamentos Jurídicos de la cooperación internacional en Colombia*. Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, Bogotá, 2002.

NORMAS.

Constitución Política de 1991.

Acto Legislativo No.02 de 2002 que modificó el artículo 323 de la Constitución Política.

Códigos.

Código Contencioso Administrativo Colombiano; Código del Comercio; Código Disciplinario Único; Código Civil; Código de Procedimiento Civil; Código Penal; Código de Procedimiento Penal;

Leyes Nacionales.

Año 1985: Ley 57 de 1985.

Año 1989: Ley 9 de 1989; Ley 38 de 1989; Ley 72 de 1989.

Año 1992: Ley 2 de 1992; Ley 5 de 1992.

Año 1993: Ley 80 de 1993; Ley 105 de 1993; Ley 142 de 1993; Ley 868 de 2003;
Decreto Ley No.1421 de 1993.

Año 1994: Ley 136 de 1994; Ley 152 de 1994; Ley 179 de 1994.

Año 1995: Ley 182 de 1995; Ley 186 de 1995; Ley 226 de 1995.

Año 1996: Decreto Ley 111 de 1996; Ley 270 de 1996; Ley 273 de 1996; Ley 335 de 1996.

Año 1997: Ley 388 de 1997; Ley 393 de 1997.

Año 1998: Ley 446 de 1998; Ley 475 de 1998; Ley 489 de 1998.

Año 1999: Ley 506 de 1999; Ley 549 de 1999; Ley 550 de 1999.

Año 2000: [Ley 555 de 2000](#); Ley 573 del 2000; Ley 600 de 2000; Ley 610 de 2000; Ley 617 de 2000.

Año 2001: Ley 640 de 2001; Ley 678 de 2001; Ley 680 de 2001; Ley 689 de 2001.

Año 2002: Ley 788 de 2002.

Año 2003: Ley 794 de 2003; Ley 816 de 2003; Ley 821 de 2003; Decreto Ley 1142 de 1993.

Año 2004: Ley 906 de 2004.

Año 2005: Ley 225 de 1995; Ley 996 de 2005.

Año 2006: Ley 1098 de 2006.

Año 2007: Ley 1150 de 2007; Ley 1151 de 2007.

Decretos Nacionales.

Año 1976: Decreto No.128 de 1976.

Año 1986: Decreto Extraordinario No.1222 de 1986; Decreto No.1333 de 1986.

Año 1988: Decreto 597 de 1988.

Año 1989: Decreto 2282 de 1989; Decreto 2304 de 1989.

Año 1993: Decreto No.1677 de 1993; Decreto No.2537 de 1993.

Año 1994: Decreto No.679 de 1994.

Año 1995: Decreto No.229 de 1995; Decreto No.2150 de 1995.

Año 1997: Decreto No.3087 de 1997;

Año 1998: Decreto No.1187 de 1998.

Año 1999: Decreto No.150 de 1999; Decreto No.507 de 1999.

Año 2000: Decreto Ley 254 de 2000; Decreto No.421 de 2000; Decreto No.302 de 2000; Decreto No.556 de 2000; Decreto No.910 de 2000; Decreto No.1044 de 2000; Decreto No.2757 de 2000.

Año 2001: Decretos Nacionales No.192 de 2001; Decreto 735 de 2001; Decreto No.847 de 2001; Decreto 1248 de 2001.

Año 2002: Decreto No.475 de 2002; Decreto No.575 de 2002; Decreto No.932 de 2002; Decreto No.1337 de 2002; Decreto No.1584 de 2002; Decreto No.1713 de 2002; Decreto No.3202 de 2002.

Año 2003: Decreto No.1308 de 2003; Decreto No.2281 de 2003.

Año 2004: Decreto No.975 de 2004; Decreto No.1788 de 2004; Decreto No.3968 de 2004.

Año 2005: Decreto No.973 de 2005; Decreto No.1197 de 2005; Decreto No.1350 de 2005; Decreto No.4758 de 2005.

Año 2006: Decreto No.2853 de 2006.

Año 2007: Decreto No.549 de 2007; Decreto No.4515 de 2007; Decreto No.3600 de 2007.

Año 2008: Decreto No.4065 de 2008; Decreto No.4828 de 2008.

Año 2009: Decreto No.863 de 2009; Decreto No.931 de 2009; Decreto No.2190 de 2009; Decreto No.5053 de 2009.

Decretos Distritales.

Año 1993: Decreto Ley 1421 de 1993;

Año 2000: Decreto No.619 de 2000;

Año 2003: Decreto No.503 de 2003; Decreto No.469 de 2003;

Año 2004: Decreto No.190 de 2004;

Año 2007: Decreto No.563 de 2007;

Año 2008: Decreto No.390 de 2008

Año 2009: Decreto No.132 de 2009;

Acuerdos Distritales.

Año 2006: Acuerdo No.257 de 2006.

Año 2006: Acuerdo No.308 de 2008

JURISPRUDENCIA.

Corte Constitucional.

Año 1992: C-449 de 1992.

Año 1993: C-025 de 1993; C-061 de 1993; C-151 de 1993; C-194 de 1993; C-195 de 1993; C-227 de 1993; C-345 de 1993; C-428 de 1993; C-532 de 1993; C-541 de 1993; C-546 de de 1993.

Año 1994: C-021 de 1994; C-024 de 1994; C-093 de 1994; C-179 de 1994; C-198 de 1994; C-241 de 1994; T-243 de 1994; C-251 de 1994; C-319 de 1994; C-334

de 1994; C-349 de 1994; C-351 de 1994; C-374 de 1994; C- 415 de 1994; C-454 de 1994; C-490 de 1994; C-497 de 1994; T-500 de 1994; C-506 de 1994; C-513 de 1994; C-547 de 1994; C-566 de 1994.

Año 1995: C-194 de 1995; C-205 de 1995; C-230 de 1995, C-231 de 1995; C-232 de 1995; C-247 de 1995; C-484 de 1995; C-585 de 1995.

Año 1996: C-037 de 1996; C-038 de 1996; C-060 de 1996; C-082 de 1996; C-121 de 1996; C-178 de 1996; C-222 de 1996; C-228 de 1996; C-230 de 1996; C-245 de 1996; C-250 de 1996; C-251 de 1996; C-286 de 1996; C-306 de 1996; C-307 de 1996; C-365 de 1996; C-386 de 1996; T-474 de 1996; C-489 de 1996; C-531 de 1996; C-626 de 1996; C- 626 de 1996.

Año 1997: C-110 de 1997; C-148 de 1997; C-309 de 1997; C-310 de 1997; C-385 de 1997; C-429 de 1997; C-474 de 1997.

Año 1998: C-003 de 1998; C-157 de 1998; C-193 de 1998; SU-337 de 1998; SU- 642 de 1998; C- 769 de 1998.

Año 1999: SU-047 de 1999; C- 113 de 1999; C-114 de 1999; C-134 de 1999; C-221 de 1999; C-359 de 1999; C-371 de 1999; C-400 de 1999; C-540 de 1999; C-623 de 1999; C- 702 de 1999; C-708 de 1999; C-721 de 1999; C-866 de 1999; C-985 de 1999.

Año 2000: C- 430 de 2000; C-638 de 2000; C-643 de 2000; C-739 de 2000; C-1062 de 2000; C-1187 de 2000; C-1511 de 2000.

Año 2001: C-010 de 2001; C- 017 de 2001; C-540 de 2001; C-837 de 2001; C-949 de 2001; C-1048 de 2001; C-1194 de 2001; C-1258 de 2001.

Año 2002: C-040 de 2002; C-151 de 2002; C- 155 de 2002; C-181 de 2002; C-233 de 2002; C-251 de 2002; C-283 de 2002; C-311 de 2002; C-372 de 2002; C-373 de 2002; C-382 de 2000; C-426 de 2002; C-543 de 2002; C-727 de 2002; C-870 de 2002; C-948 de 2002; C- 939 de 2002; C-977 de 2002; C-996 de 2002; C-948 de 2002; C-1024 de 2002; C- 1076 de 2002; C-1076 de 2002.

Año 2003: C-037 de 2003; C-067 de 2003; C-070 de 2003; C-124 de 2003; C-125 de 2003; C-127 de 2003; C-151 de 2003; C-210 de 2003; C-252 de 2003; C-404 de 2003; C-429 de 2003; C-694 de 2003; C-776 de 2003; C-893 de 2003; C-965 de 2003.

Año 2004: C-014 de 2004; C-311 de 2004; C-311 de 2004; C-459 de 2004; C-720 de 2004.

Año 2005: C-036 de 2005; C-712 de 2005; C-179 de 2005; C-818 de 2005; C-1048 de 2005; C-1153 de 2005.

Año 2006: C-028 de 2006; C-789 de 2006; C-802 de 2006.

Año 2008: C-259 de 2008; C-671 de 2008; C-693 de 2008.

Año 2009: C-029 de 2009; C-068 de 2009.

Consejo de Estado.

Año 1938: Fallo del 13 de julio de 1938; Fallo del 15 de septiembre de 1938.

Año 1941: Fallo del 9 de diciembre de 1941.

Año 1955: Fallo del 12 de mayo de 1955.

Año 1959: Fallo del 20 de agosto de 1959; Fallo del 1º de diciembre de 1959.

Año 1971: Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 4 de octubre de 1971.

Año 1972: Fallo del 13 de marzo de 1972, Rad.No.690; Sección Tercera.

Año 1985: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 8 de 1985, Rad.No.4074.

- Año 1986:** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 16 de marzo de 1986.
- Año 1988:** Fallo del 29 de enero de 1988, Rad. No.2616.
- Año 1989:** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo de noviembre 22 de 1989, Rad.No.5253; Sección Tercera, Fallo de noviembre 22 de 1989, Rad.No.5298.
- Año 1991:** Fallo del 1°. de agosto de 1991, Rad.No.6802.
- Año 1992:** Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del septiembre 3 de 1992, Rad.No.7158; Fallo Rad.No.6575, Sección Tercera, Mayo 1992; Sección Tercera, Fallo del 15 de mayo de 1992, Rad.No.5950.
- Año 1993:** Fallo del 13 de julio de 1993.
- Año 1994:** Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de mayo 25 de 1994; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo de octubre 21 de 1994, Rad. No.9288.
- Año 1995:** Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de febrero 3 de 1993, Radicado 666 y Concepto de julio 19 de 1995, Radicado No.704; Rad.No.751 de 1995;

Concepto del 1º. de noviembre de 1995, Rad.No.742, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta, Rad.1189 del 12 de enero de 1995; Sección Primera, Rad. No.2651 del 9 de febrero de 1995; Fallo Rad.No.2909 de 1995; Fallo de junio 1º de 1995, Rad.No.7326; Sección Primera, Fallo del 26 de octubre de 1995, Rad.No.3332.

Año 1996: Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. No.898 de 1996; Consulta No.925 de octubre 30 de 1996; Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del 22 de julio de 1996, Rad. No. 10313; Sección Tercera, Fallo del 26 de septiembre de 1996.

Año 1997: Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No.994 de 1997; Concepto de abril 3 de 1997, Rad.962; Concepto del 28 de febrero de 1997, Rad. No.958; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo del 10 de julio de 1997, Rad.No.13494.

Año 1998: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de marzo 19 de 1998, Rad. 10051; Sección Segunda, Subsección “B” Rad.No.335 de 1998; Sección Tercera, Fallo del 19 de junio de 1998, Rad.No.10439; Sección Primera, Fallo Rad. No.5191 del 15 de octubre de 1998.

Año 1999: Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad.No.1220 de 1999; Concepto 0296A del 15 de marzo de 1990, Rad. No.350; Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Segunda, Subsección “B”, Radicación No.41307 de 1999; Sección Primera, Rad.No.5216 de 1999; Sección Tercera, Fallo de Septiembre 13 de 1999, Rad.No.10264; Fallo del 18 de febrero de 1999, Rad.No.5176; Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad.No.2230 de diciembre 1 de 1999; Sección Primera, Rad.No.5191 del 8 de abril de 1999.

Año 2000: Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Fallo Rad.No.16204 del 10 de febrero de 2000; Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2000; Sección Tercera, Auto de enero 27 de 2000, Rad.N.14935; Sección Primera, Radicación 5504 del 23 de marzo de 2000; Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad.No.1278 de 2000, Sección Tercera, Fallo del 1º. de junio de 2000, Rad. No.12083 y Fallo del 1º. de junio de 2000, Rad.No.14092; Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 1293 de diciembre 14 de 2000; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de enero 27 de 2000, Rad.No.14935; Sección Primera, Rad.No.5826 de 9 de noviembre de 2000.

Año 2001: Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1359, del 5 de julio de 2001; Rad: No.1347 de 2001; Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del 22 de junio de 2001, Rad.No.14373; Fallo Rad.No.064 de 2001; Fallo del 2001 del 13 de diciembre, Rad.No.19777.

- Año 2002:** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. PI-0163-01, 19/02/02; Sala Plena, Fallo No.8046 de 2002; Fallo del 1º. abril de 2002, Rad.No.7438; Fallo Rad.No.560 de 2002.
- Año 2003:** Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No.1529 del 25 de septiembre de 2003, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del 18 de noviembre de 2003, Rad. No.IJ0039.6.
- Año 2005:** Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil Rad. No.1675 de 2005; Fallo Rad.No.1477 de 2005.
- Año 2006:** Fallo Rad.No.41 de 2006; Fallo Rad.No.861 de 2006.
- Año 2007:** Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No.1810 de 2007; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo 24715 del 3 de diciembre de 2007; Sección Primera, Fallo No.2007 de 2007; Fallo Rad.No.16058 de 2007.
- Año 2009:** Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, 27 de agosto de 2009, Rad.No.AP 25000/23/26/000/2004/01062, Acción Popular.

Corte Suprema de Justicia.

Año 1972: Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de febrero de 1972; Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de julio de 1972.

Año 1976: Sala de Casación Laboral, Sentencia del 19 de agosto de 1976.

Año 1981: Sala de Casación Laboral, Sentencia del 7 de abril de 1981.

Año 1984: Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de agosto de 1984; Sala Plena, Sentencia del 5 de julio de 1984; Sala Plena, Sentencia del 24 de julio de 1984.

Año 1985: Sala de Casación Laboral, Sentencia del 31 de enero de 1985; Sala de Casación Laboral, Sentencia del agosto 22 de 1985.

Año 1986: Sala Plena, Sentencia 094 del 16 de octubre de 1986.

Año 1990: Sala Plena, Sentencia No.77 del 12 de junio de 1990; Sala Plena, Sentencia No. 28 del 22 de febrero de 1990; Sala Plena, Sentencia 82 del 21 de junio de 1990.

Año 1991: Sala de Casación Penal, Sentencia de junio 13 de 1991, Rad.No.2827; Sala Plena, Sentencia del 23 de mayo de 1991.

- Año 1994:** Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 2 de 1994.
- Año 1995:** Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 10 de 1995.
- Año 1998:** Sala Penal, Sentencia de agosto 20 de 1998; Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad de junio 9 de 1998.
- Año 1999:** Sala de Casación Laboral, Sentencia del 6 de octubre de 1999.
- Año 2000:** Sala de Casación Penal, Sentencia de única instancia de octubre 25 de 2000, Rad.No.15.273.
- Año 2001:** Sala de Casación Penal, Sentencia de septiembre 3 de 2001, Rad. 16.837; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de julio 10 de 2001.
- Año 2002:** Sala de Casación Penal, Sentencia julio 10 de 2002, Rad.No.13.681; Sentencia de febrero 10 de 1992; Sala de Casación Penal, Sentencia de abril 25 de 2002, Rad.No.16.408; Sala de Casación de Penal, Sentencia de septiembre 24 de 2002; Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 19 de 2002, Rad. No. 13.085.
- Año 2004:** Sentencia del 29 de enero de 2004, Rad.No.17574.

Año 2005: Sala de Casación Civil, Sentencia No.50 de 2005.

Año 2009: Sala de Casación Penal, Sentencia No.30710 de 2009.

Tribunales y Juzgados.

Año 2007: Fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca No.5942 de 2007; Juzgado Treinta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Tercera, 31 de julio de 2007, Expediente: 2005-00737.

Año 2008: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, 2 de abril de 2008, Expediente: 250002326000-200500737.

ACUERDOS DISTRITALES.

Año 1995: Acuerdo 24 de 1995.

Año 2008: Acuerdo 308 de 2008.

CONCEPTOS.

Año 1998: Concepto No.1798 de 1998, expedido por el entonces Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá.

Año 1999: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría General, D.C. Unidad de Estudios y

Conceptos, Oficio No.2-02308, del 11 de enero de 1999.

Año 2001: Concepto de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá No.60 de 2001.

Año 2002: Concepto No.2924 de junio 28 de 2002, del Procurador General de la Nación y del Viceprocurador General de la Nación y Concepto de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá No.002 de 2002.

Año 2004: Alcaldía Mayor de Bogotá, Concepto No.076 de 2004, Secretaría General.

DIRECTIVAS.

Año 2005: Directiva No.06 de 2005 de la Procuraduría General de la Nación.