

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL**



AUTORES

IRMA JULIANA GIORGI

ANDREA GUZMAN

CAROLINA MEJIA LIEVANO

SILVANA RANGEL DUQUE

TATIANA SERRATO DIAZ

Presentado para optar al título de ABOGADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
CARRERA DE DERECHO**

Bogotá D.C

2006

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL**

DIRECTOR GRUPO DE INVESTIGACION:

AURA XIMENA OSORIO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MARZO DE 2006**

NOTA DE ADVERTENCIA:

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velara porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 01
CAPITULO I EL CONTRATO ESTATAL.....	Pág. 03
1.1 Noción.....	Pág. 04
1.2. Forma de los contratos estatales.....	Pág. 05
1.2.1 Contrato con formalidades plenas.....	Pág. 05
1.2.2 Contratos que deben constar en escritura pública.....	Pág. 05
1.2.3 Contratos sin formalidades plenas.....	Pág. 05
1.3. Requisitos de validez.....	Pág. 05
1.3.1 Capacidad.....	Pág. 06
1.3.2 Objeto lícito.....	Pág. 09
1.3.3 Causa Lícita.....	Pág. 09
1.3.4 Consentimiento.....	Pág. 09
1.4. Requisitos de perfeccionamiento.....	Pág. 09
1.5. Requisitos de ejecución.....	Pág. 10
1.5.1 Garantía Única de cumplimiento.....	Pág. 10
1.5.2 Disponibilidad Presupuestal.....	Pág. 11
1.5.2.1 La Disponibilidad Presupuestal.....	Pág. 11
1.5.2.2 La Reserva.....	Pág. 12
1.5.2.3 El Registro.....	Pág. 13
1.6. Anticipo y pago anticipado.....	Pág. 15
1.6.1 Anticipo.....	Pág. 15
1.6.2 Pago Anticipado.....	Pág. 16
1.7. Modificación de los contratos.....	Pág. 18
1.8. Adición de contratos.....	Pág. 20
CAPITULO II SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL...	Pág. 24
2.1. Finalidad de la contratación estatal.....	Pág. 24
2.2. Capacidad de contratación de los sujetos.....	Pág. 25
2.3. Partes en el contrato estatal.....	Pág. 27

2.3.1. La entidad Estatal.....	Pág. 28
2.3.2. Funcionario competente.....	Pág. 29
2.4. Justificación del régimen de responsabilidad.....	Pág. 29
2.5. Régimen legal de responsabilidad de los funcionarios públicos...	Pág. 33
2.6 Responsabilidad en la delegación.....	Pág. 41
2.6.1. Delegación en el acto de la firma.....	Pág. 41
2.6.2. Delegación total o parcial de la competencia.....	Pág. 43
2.7. La delegación.....	Pág. 43
2.7.1. Finalidad de la delegación.....	Pág. 43
2.7.2. Objeto.....	Pág. 44
2.7.3. Discrecionalidad para delegar.....	Pág. 44
2.7.4. Decisiones del delegatario.....	Pág. 45
2.7.5. Vínculo delegante y delegatario.....	Pág. 45
2.8. Responsabilidad de los servidores públicos como jefes o representantes legales de la entidad estatal.....	Pág. 46

CAPITULO III REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

.....	Pág. 56
3.1. Justificación de las inhabilidades y de las incompatibilidades...	Pág. 56
3.2 Naturaleza.....	Pág. 59
3.3. Concepto de inhabilidad e incompatibilidad.....	Pág. 60
3.4. Tipificación de las inhabilidades e incompatibilidades.....	Pág. 62
3.5. Régimen legal de las inhabilidades e incompatibilidades.....	Pág. 65
3.6. Configuración de la falta.....	Pág. 78

CAPITULO IV PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....

.....	Pág. 87
4.1. Principio de transparencia.....	Pág. 88
4.1.1 La publicidad como manifestación del principio de transparencia..	Pág. 99
4.2 Principio de economía.....	Pág. 100
4.3 principio de responsabilidad.....	Pág. 110
4.4 El deber de selección objetiva.....	Pág. 120

CAPITULO QUINTO SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.....	Pág. 128
5.1 Licitación pública.....	Pág. 130
5.1.1 Fase preparatoria.....	Pág. 131
5.1.2 Fase de convocatoria.....	Pág. 138
5.1.3 Plazo de apertura.....	Pág. 141
5.1.4 Cierre de la licitación.....	Pág. 143
5.1.5 Evaluación de ofertas.....	Pág. 144
5.1.6 Fase de observación.....	Pág. 146
5.2 fase de adjudicación.....	Pág. 147
CAPITULO VI CONTRATACIÓN DIRECTA.....	Pág. 151
6.1. Convenios interadministrativos.....	Pág. 155
6.2 Urgencia manifiesta.....	Pág. 165
6.3. Menor cuantía.....	Pág. 166
CAPITULO VII TIPOLOGIA DE CONTRATOS ESTATALES.....	Pág. 180
7.1. Contrato de prestación de servicios.....	Pág. 180
7.2. Contrato de obra.....	Pág. 193
7.3. Contrato de interventoría.....	Pág. 193
CAPITULO VIII LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES...Pág.	201
8.1 Noción.....	Pág. 202
8.2 Casos en que procede la liquidación y términos para llevarla a cabo	Pág. 203
8.3 Acta de liquidación.....	Pág. 204
8.4 Irregularidades en torno a la liquidación de los contratos estatales...Pág.	204

INTRODUCCION

Según el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el Art. 209 de la Constitución, los servidores públicos desarrollaran sus funciones, teniendo en cuenta los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

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

La Procuraduria General de la Nación, investiga y sanciona esas conductas ilícitas, y las estudia en cada una de sus diferentes Procuradurías delegadas, de acuerdo con el objeto central en el que se enmarca la conducta descrita en el caso en concreto.

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

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

Teniendo en cuenta que el objeto de estudio de la presente investigación se centra en la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, desde dos aspectos diferentes, el análisis se va a realizar tomando los casos de la Procuraduría primera y segunda delegada para la contratación estatal, con sus respectivos fallos.

Esos casos estudiados, corresponden a los publicados por la Procuraduría en su página Web. Para realizar la investigación, se tomaron todos los casos publicados –que en principio eran más de 1.400- y se procedió a la revisión de ellos, para descartar los que estuvieran repetidos.

Una vez se clasificaron los casos, y se descartaron los repetidos, se elaboró una ficha de cada uno de ellos, en donde se encontraba el problema jurídico del caso presentado a la Procuraduría y las consideraciones que el despacho tomaba en cuenta para decidir de modo favorable o desfavorable al investigado. Estas fichas constituyen el insumo de trabajo que sirvió para desarrollar la investigación.

Los temas expuestos en la investigación, son los que de forma mas reiterativa eran estudiados por las Procuradurías delegadas, para así establecer una Doctrina general, que expone los postulados generales en los que se basa para fallar de una u otra forma y los motivos que argumenta, para seguir una línea, o apartarse de ella a la hora de sancionar a un funcionario.

Es por eso que la presente investigación de alguna forma es importante para medir si las disposiciones que se están tomando para combatir las prácticas corruptas o negligentes de los funcionarios públicos resultan efectivas, o si por el contrario están quedando obsoletas ante la desafortunada actuación indebida de algunos de nuestros funcionarios públicos.

CAPITULO PRIMERO

1. CONTRATO ESTATAL

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

La entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, vino a dejar de lado la distinción que anteriormente habían hecho la ley, la jurisprudencia y la doctrina, entre contratos administrativos y contratos privados de la administración al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículos 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa.¹

La ley 80 de 1993, regula las diferentes fases del contrato que serán objeto de estudio de este trabajo y aunque para una mayor comprensión es necesario hacer una revisión de la noción y aplicación de las tres primeras fases que son la formación, la celebración y la ejecución del contrato, lo que se busca realmente es determinar cuales son las irregularidades relacionadas con estos momentos de la contratación en las que comúnmente incurren los servidores públicos, ya sea por acción o por omisión, por ello, con fundamento en las investigaciones que como órgano de control disciplinario, ha llevado a cabo la Procuraduría General de la Nación, a través de sus delegados para la contratación estatal, solo se analizarán los temas que hayan sido objeto de

¹ BENAVIDEZ José Luis . El contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Segunda edición. 2004 .p.68

investigación en la misma, en los que no se haya llevado ninguna clase de procedimiento de este tipo, solo se hará mención de sus respectivos conceptos establecidos por la Ley la Jurisprudencia y la Doctrina

Así mismo, es importante examinar cual es la tendencia decisoria de la Procuraduría en relación a estas irregularidades, para determinar la posición que tiene este organismo de control frente a las actuaciones y omisiones de los funcionarios públicos, que sin lugar a dudas tiene una fuerte repercusión en el comportamiento de quienes dirigen la actividad contractual en las diferentes entidades del Estado, es decir se buscará examinar si las medidas que se están tomando, están siendo efectivas para combatir las prácticas corruptas de aquellos que desestiman el interés general para satisfacer intereses propios o de terceros, lo que se constituye realmente en la finalidad última de este trabajo.

1.1. NOCIÓN

Acto jurídico de naturaleza bilateral y generador de obligaciones, cuya característica esencial es que al menos una de las partes es una entidad estatal.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, señala que “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.”

La fase precontractual se rige plenamente por las normas de Derecho Público, es decir por la Ley 80 de 1993 y por el Código Contencioso Administrativo, mientras que la fase de la ejecución del contrato propiamente dicha, se rige en principio por las leyes civiles y comerciales excepto en lo que esté expresamente regulado en la ley 80.

1.2. FORMA DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Se refiere a los requisitos establecidos por la ley para que las partes manifiesten su voluntad, la que en todos los casos deberá quedar expresada por escrito:

1.2.1 Contrato con formalidades plenas

Las partes elaboran un documento en el que constan los aspectos esenciales del contrato como son el objeto y la contraprestación, así como los compromisos que asume cada una.

1.2.2 Contratos que deben constar en escritura pública

Según el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, se requiere en aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

1.2.3 Contratos sin formalidades plenas

Son aquellos que por su cuantía no ameritan formalidades pues tienen por objeto proporcionar bienes o servicios que la entidad requiere a diario

Respecto a la forma de los contratos no se encontraron investigaciones que haya realizado la Procuraduría.

1.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

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

1.3.1 Capacidad

La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales, en tal virtud, el artículo 6° establece que pueden celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, por consiguiente no podrán contratar con el Estado quienes están catalogados como incapaces en la ley civil o mercantil ni quienes están incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.²

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

“Como principio general pueden contratar con el Estado, las personas legalmente capaces según el artículo 1502 del Código Civil, para el caso de las personas jurídicas la capacidad se limita al desarrollo de su objeto social lo que les permite participar en el tráfico jurídico”.³

Así mismo, la Ley 80 de 1993 señala en su artículo 2o, las entidades oficiales que tienen capacidad para contratar y como novedad incluye a aquellas que no tienen personería jurídica, mientras que en el artículo 11 señala los servidores públicos de las entidades mencionadas en el artículo 2o, que pueden celebrar contratos estatales.

² Corte Constitucional. Sentencia C- 178. Expediente. D 974, Abril 29 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonel.

³ DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal . Bogotá: Editorial Legis, año 2000.p. 66.

1.3.1.1 Irregularidades cometidas por los funcionarios públicos respecto al requisito de la capacidad.

Las investigaciones que se han llevado a cabo en torno al tema no son muchas y tienen que ver con el hecho de que los funcionarios públicos que tienen la facultad de dirigir la actividad contractual en las diferentes entidades del Estado, celebran contratos con personas jurídicas que no tienen la competencia para ejecutar el objeto del contrato y en algunos casos ni siquiera para celebrar el acto jurídico como tal(porque no existían cuando se celebró el contrato), así mismo algunos funcionarios tienen la capacidad pero entonces actúan sin la autorización que les exige la ley por lo que en todo caso se presenta una irregularidad en la actuación.

Para la Procuraduría, “la exigencia de capacidad en la persona del contratista no es una exigencia caprichosa de la ley, ella tiende a buscar seguridad en la contratación especialmente por el tema de responsabilidad por lo que también deja en claro que el estatuto contractual impone que las entidades estatales a él sometidas, solamente pueden contratar con personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”⁴ , por lo que no se acepta la contratación con “entidades” que están en proceso de adquirir su personería jurídica o en proceso de simple constitución, pues la ley es muy clara en circunscribir la capacidad de estos sujetos de la contratación, a su objeto y si aún no se han constituido plenamente, no se puede hablar de un objeto que puedan desplegar o desarrollar y es ahí cuando se manifiesta su falta de capacidad.

Así mismo señala que aunque se tenga la capacidad para contratar, al requerirse alguna autorización para hacerlo puesto que alguna disposición legal así lo exige, debe contarse con la misma pues de lo contrario la competencia

⁴ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 21-25431-1999. Diciembre 5 de 2003. Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

no es completa y hay incapacidad o falta de competencia,⁵ este caso, se presenta especialmente en algunas actuaciones de los alcaldes y gobernadores quienes proceden a desarrollar el trámite contractual sin contar, cuando así se requiere, con la autorización del Concejo Municipal o de la Asamblea Departamental respectiva.

Ante los descargos hechos por los funcionarios investigados que se fundamentan principalmente en el desconocimiento de las situaciones de incompetencia o en la exoneración de responsabilidad por el tema de la delegación de funciones, la Procuraduría generalmente sanciona al funcionario que incumple el mandato legal, especialmente con el argumento de la diligencia con la que deben actuar los servidores públicos especialmente en un tema tan delicado como la capacidad del contratista que tiene directa relación con su responsabilidad, y que podría dar lugar en determinadas circunstancias, a un detrimento patrimonial para el Estado.

El argumento de la ausencia de responsabilidad del funcionario por delegación en otro, es tal vez el mas utilizado en los descargos de todas las investigaciones y por toda clase de conductas y omisiones, lo que generalmente ocurre, es que la Procuraduría termina sancionando al investigado, porque aunque delegue sus funciones, como director de la actividad contractual de la respectiva entidad, está en la obligación de verificar el pleno cumplimiento de las diferentes fases del contrato y esto incluye por supuesto las funciones que se hayan delegado.

La única forma de que el funcionario no es sancionado, es cuando se logra probar que finalmente el contratista tenía competencia, como ocurrió en varios casos.

⁵ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165-46831-00. Diciembre 18 de 2003. Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

1.3.2 Objeto lícito

Que el objeto del contrato no contravenga la ley, el orden público o las buenas costumbres.

1.3.3 Causa lícita

Que los móviles del contrato no contradigan la ley, el orden público o las buenas costumbres.

1.3.4 Consentimiento

Debe ser exento de vicios como el error sobre la identidad de la cosa sobre la cual versa el contrato, el error sobre las calidades de una cosa, error sobre la naturaleza del contrato o error acerca de la persona

1.4. REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO

Perfeccionamiento es ese momento determinado, en el que el contrato nace a la vida jurídica cuando las partes llegan a un acuerdo respecto al objeto y a la contraprestación. “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y al contraprestación y este se eleve a escrito”⁶

Dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones o términos de referencia, debe suscribirse el contrato estatal, el cual deberá constar en documento suscrito por las dos partes, en donde consten los aspectos esenciales del respectivo contrato y el resto de las estipulaciones que lo van a regir, tales como objeto, valor, plazo, forma de pago, obligaciones de las partes, lugar de ejecución, garantías, multas, cláusula penal, etc.

Ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia como la Sentencia del 4 de Mayo de 1998 que la ausencia del escrito “Comporta la ineficacia negocial e impide sostener que el pretendido negocio ha adquirido vida jurídica.”

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 14935, Enero 27 de 2000. M.P Germán Rodríguez Villamizar

1.5. REQUISITOS DE EJECUCIÓN

Este es uno de los temas mas importantes en materia de contratación, no solo porque implica el momento en el que el contrato puede iniciar su ejecución sino porque es con respecto a estos requisitos que los funcionarios públicos cometen mas irregularidades y por consiguiente se constituye en uno de los temas que mas se investiga en la Procuraduría, pero antes de revisar el tema de las irregularidades es importante conocer cuales son estos requisitos y algunas posiciones jurisprudenciales.

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

1.5.1 Garantía Única de cumplimiento

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

Consiste en una póliza expedida por cualquier compañía de seguros legalmente constituida o en garantías bancarias que avalan el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantiene vigente durante su vida y liquidación.

“Cubre los diferentes riesgos que se presentan durante la ejecución del contrato o como consecuencia de esta”⁷, tales riesgos se resumen en los siguientes:

- Cumplimiento del contrato de acuerdo con los términos y condiciones acordadas

⁷ MUTIS VANEGAS Andrés, QUINTERO MÚNERA Andrés. La contratación estatal análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, año 2001.p.230

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

1.5.2 Disponibilidad Presupuestal

El artículo 71 del Decreto 111 de 1996, establece que “todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con certificados de disponibilidad previos, que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos” y agrega que este es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

Respecto a este artículo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que “Si bien la norma hace alusión al perfeccionamiento de actos administrativos, la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducido a los actos administrativos unilaterales, por lo tanto, en ella deben incluirse los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna.”⁸

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

1.5.2.1 La Disponibilidad Presupuestal

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 14935, Enero 20 de 2000. M.P. Germán Rodríguez Villamizar

1.5.2.2 La Reserva

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

1.5.2.3 El Registro

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

1.5.3 Irregularidades relacionadas con los requisitos de ejecución del contrato

La irregularidades en este aspecto se refieren a que de forma contraria a lo que determina la ley, los servidores públicos, permiten que se inicie la ejecución del contrato sin que la entidad tenga el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, o sin que el contratista haya constituido la garantía única o cumpliendo los requisitos pero de forma irregular:

- Las partes pactan una garantía que no cubre la totalidad del contrato, especialmente porque solo lo cubre por un término inferior al de su duración.

Respecto a este hecho la Procuraduría ha manifestado que el requisito se cumple pero no de manera satisfactoria, porque por un determinado periodo, el Estado queda desprotegido ante cualquier incumplimiento del contratista y esto en todo caso contradice lo dispuesto por la ley así que normalmente sanciona al funcionario si comprueba su responsabilidad dado que los funcionarios públicos deben cumplir a cabalidad sus obligaciones y ajustar sus actuaciones a la ley.⁹

⁹ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 154-34960. Septiembre 17 de 2001. Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa.

- El funcionario público da el visto bueno para que se proceda a la ejecución del contrato, sin que exista el certificado de disponibilidad presupuestal o sin que se haya aprobado la garantía única, o incluso sin que se cumpla ninguno de los dos requisitos.

La mayoría de justificaciones y argumentos expuestos por los funcionarios investigados, relacionados con esta clase de cargos, tienen que ver con que supuestamente la ley no exige un plazo para verificar la disponibilidad presupuestal o para aprobar la garantía, cuando el artículo 41 es muy claro al determinarlos como requisitos de ejecución sin los cuales no se puede proceder a desarrollar el contrato, así que atendiendo al cargo que ocupan y entendiendo que conocen la normatividad relacionada con la actividad que desempeñan, los funcionarios son sancionados con base en las siguientes posiciones:

El funcionario incurre en una clara violación a las disposiciones legales, toda vez que al exigirse que todos los actos Administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales cuenten con certificado de disponibilidad previo, se garantiza la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos y cuando este tema no es atendido por el funcionario, a la hora de contratar, lo hace sin saber si se cuenta o no con los recursos necesarios para el pago.¹⁰

En este orden de ideas, la existencia previa del certificado de disponibilidad presupuestal, es uno de los requisitos previos que no pueden ser omitidos por la administración para la celebración de contratos, salvo en el caso excepcional de la contratación en casos de urgencia manifiesta, por cuanto se busca garantizar la existencia de los dineros suficientes para la cancelación de las

¹⁰ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 093-08382-1999. Febrero 5 de 2004. Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

obligaciones contraídas por las entidades estatales a fin de evitar situaciones de no pago.¹¹

Así mismo, ha señalado que la verificación de la disponibilidad presupuestal es previa a la contratación y se concreta a través de un certificado de disponibilidad presupuestal que se constituye en un requisito formal necesario para iniciar todo proceso de contratación, haciéndose por ello una parte inescindible de la actividad contractual del Estado.¹²

- El argumento de los investigados acerca de la ausencia de su responsabilidad por haber delegado la función de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en otra persona, no es de recibo para la Procuraduría, toda vez que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, entendida hasta el verificar que se cuente con el certificado de disponibilidad presupuestal, que garantice el pago de las obligaciones a contraer, corresponde al jefe o representante legal de la entidad o a quien éste delegue, no siendo, aceptable, trasladar esa responsabilidad a otros, cuando no se hace ninguna verificación respecto al efectivo cumplimiento del requisito.¹³

Respecto a la Garantía Única, la Procuraduría advierte que la constitución de garantías tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por ello y con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá

¹¹ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación .Junio 28 de 2001. Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa.

¹² Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 077-01050-00. Diciembre 5 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

¹³ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 077-01050-00. Diciembre 5 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.¹⁴

En los casos en que se ha procedido a la ejecución del contrato sin la aprobación de la garantía de forma acorde a la ley, en los que posteriormente se presenta un incumplimiento y esto genera algún detrimento para Estado, la sanción es más gravosa para el funcionario responsable. Respecto a esto es importante señalar que esta conducta es imputable al ordenador del gasto de la entidad y por ello cuando la falta es endilgada a otro funcionario, la Procuraduría desestima el cargo

1.6. ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO

Sin hacer ninguna clase de definición, el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 se limita a señalar que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”

1.6.1 Anticipo

Hace relación, a aquellos contratos de ejecución sucesiva, en los que las partes convienen un primer pago, que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que deba incurrir el contratista.

El contratista debe demostrar en que invirtió el dinero, pues solo así se le podrán entregar los pagos subsiguientes, al respecto, la jurisprudencia ha

¹⁴ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 076-1560-2000. Enero 13 de 2004. Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

señalado que “La sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”¹⁵

1.6.2 Pago Anticipado

Propio de los contratos de ejecución instantánea, que consiste en una retribución parcial que recibe el contratista, a la cual este podrá darle el uso que decida, es decir, no necesariamente debe destinarse a cubrir elementos del contrato.

En ambos casos, la ley determina que el pago no puede superar el 50% del valor inicial del contrato.

1.6.3 Irregularidades cometidas en torno a los Pagos Anticipados y los Anticipos

Se observa en varios casos que el funcionario encargado es acusado por pagar mas del 50% de valor del contrato como anticipo, sin que exista claridad respecto a este concepto, ya que con la investigación que hace la Procuraduría resulta que la suma que se paga realmente no corresponde a esta figura, pues se demuestra que el pago se acuerda o se hace posteriormente, y no concuerda con un anticipo que como su nombre lo indica, se hace, antes de iniciar el objeto contractual, lo que conlleva a que el cargo sea desestimado, por esto, es pertinente traer a colación las consideraciones que hizo la Procuraduría, en un caso en el que un Senador fue acusado de sobrepasar el límite del anticipo para pagarle al contratista que era un abogado:

Revisado el acto bilateral materia de estudio, especialmente la cláusula tercera, referida a la forma de pago, es claro que no se pactó la cancelación de los cien millones de pesos como pago anticipado, el pago de dicha cifra se acordó para

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14436, Junio 22 de 2001. M..P. Ricardo Hoyos Duque.

después de la contestación de las demandas lo que no coincide con el concepto de pago anticipado, el cual, como su nombre lo indica, se hace, regularmente, antes de iniciar el objeto contractual y, siempre, en forma previa a su conclusión ; en esas condiciones, se impone absolver al acusado por esta conducta.¹⁶

En los demás casos lo que se presenta es que efectivamente en el pago por alguno de los dos conceptos se supera el monto del 50% del valor del contrato, en estos eventos, normalmente los investigados alegan que la ley solo se refiere a uno y excluyen a otro que por supuesto es aquel que fundamenta el cargo que se les imputa, por ejemplo, si se le acusa al funcionario de exceder el 50% del valor del contrato en el pago del anticipo, en sus descargos manifiesta que este límite solo se aplica para el pago anticipado y viceversa.

La Procuraduría sanciona si comprueba la responsabilidad del funcionario y refuta este argumento, advirtiendo que el artículo 40 de la ley 80 de 1993, en modo alguno, distingue entre las dos figuras: pago anticipado y anticipos, para fijarle, en forma independiente, la restricción del 50% del valor del contrato, pues lo que señala, en un lenguaje inteligible y sencillo, es que, al emplear la expresión "su monto", después de referirse a aquéllos, las está incluyendo a ambas.¹⁷

1.7. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

“Cuando se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato

¹⁶ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165-35289-1999 .Enero 30 de 2004.Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

¹⁷ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165-52980-01 .Agosto 29 de 2002.Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa”.¹⁸

Según lo previsto en el contenido de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, donde se prescribe que dichas modificaciones bien pueden llevarse a cabo unilateralmente por la administración como prerrogativa excepcional o bien a través de un acuerdo entre las partes contratantes bajo ciertos procedimientos y limitantes previstos en la misma ley, como es el objeto del contrato, solo puede recaer sobre calidades y cantidades pactadas en el contrato.

La modificación Unilateral es procedente solo en los casos señalados en la Ley y debe tener por objeto evitar la paralización del contrato, de todas formas se requiere que de manera previa la entidad haya intentado buscar con el contratista de forma concertada la toma de medidas para evitar la paralización.¹⁹

Estas modificaciones deben perseguir el cumplimiento de los fines de la contratación, razón suficiente para que las entidades estatales al contratar se hallen investidas de facultades para tomar la dirección general del contrato, con la responsabilidad de ejercer por tanto el control y vigilancia en su ejecución; en el desarrollo de estas facultades las entidades pueden introducir las modificaciones o variaciones que fueren necesarias, al contrato cuando las condiciones particulares de la prestación así se lo impongan, mediante un acuerdo previo entre las partes, al punto que de no lograrse este, puede hacer tales modificaciones en forma unilateral mediante acto administrativo

¹⁸ DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, año 2001.p. 387.

¹⁹ MUTIS VANEGAS ANDRÉS, QUINTERO MÚNERA Andrés. Contrato Estatal. Bogotá: Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas año 2001.p. 174

debidamente motivado, con tal de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se debe satisfacer a través de la contratación.²⁰

La modificación se considera una adición del contrato, pero la modificación se fundamenta en el interés público, pues lo que busca evitar es la paralización del contrato, mientras la adición se fundamenta en criterios técnicos.

1.7.1 Irregularidades que se cometen respecto a la Modificación de los Contratos

Las investigaciones relacionadas con este tema de la modificación del contrato son muy pocas, la acusación se fundamenta en la improcedencia de la modificación del contrato en el caso respectivo, especialmente porque se discute si la situación que dio origen a la modificación se presentaba desde la celebración del contrato y por consiguiente si era predecible desde el principio pero no había sido notada por falta de diligencia.

Generalmente, en la etapa de investigación la Procuraduría encuentra que efectivamente era necesario hacer la modificación porque sobrevino un cambio en las condiciones iniciales del contrato, en todos los casos el órgano de control disciplinario revisa que la modificación no haya desconocido los límites que establece la ley como son el mantenimiento de la ecuación económica contractual, la inmodificabilidad de la naturaleza del objeto y la motivación,²¹ pues si se han desconocido, hay lugar a la imposición de sanciones, sin embargo en las resoluciones analizadas no se observó ningún caso.

En varios casos ocurre también, que la modificación del objeto es confundida con el aumento del mismo, por ejemplo cuando en la construcción de una vía

²⁰ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 021-16127,. Junio 5 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

²¹ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 021-16127,. Junio 5 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

se decide que se cubrirá más trayecto, caso en el cual no se puede hablar de modificación y por consiguiente la Procuraduría absuelve al funcionario.

1.8. ADICIÓN DE CONTRATOS

El parágrafo del artículo 40 se limita a señalar que “los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales.

Bajo el entendido de la ley 80 de 1993, los contratos pueden ser adicionados de dos maneras:

a) Con la ampliación del término originalmente previsto para la ejecución, porque resulta insuficiente para cumplir los objetivos del contrato. “En dicha adición, las partes acordarán todos aquellos puntos que resulten afectados con la ampliación temporal, tal es el caso de la ampliación de la garantía, plazos para la entrega de bienes y determinación de términos para la realización de pagos”²²

Como esta adición no tiene límites, dentro de los marcos razonables, puede decirse que ese aumento del término para cumplir con las obligaciones del contrato es en la práctica una Prórroga. En todo caso cuando se amplía el término de duración del contrato, deberá ampliarse también la garantía de cumplimiento para que se sigan cubriendo los riesgos mencionados en el respectivo acápite de este trabajo.

b) Variación del precio del contrato: Sea lo primero advertir que es aquí donde se aplica específicamente el límite del 50% del valor inicial del contrato, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. El objeto de establecer

²² MUTIS VANEGAS Andrés, QUINTERO MÚNERA Andrés. La contratación estatal análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de ciencias jurídicas, año 2001.p. 168

este límite, no es otro que evitar prácticas irregulares como la evasión del trámite de la licitación pública disfrazando con las adiciones de los contratos sus verdaderas cuantías.

1.8.1 Conductas irregulares relacionadas con la Adición de contratos

Es importante señalar en primer lugar que cuando la ley habla de la procedencia de la adición esto no significa que esta figura pueda ser utilizada para justificar falta de diligencia en la etapa previa del contrato por faltas graves en la previsión de aspectos contractuales propios de la misma, por ejemplo cuando las partes se ven en la necesidad de aumentar el término de ejecución del contrato.

La adición de los contratos es excepcional porque lo normal es que el objeto pactado cubra todo lo que la entidad quiere y el precio que corresponde a ese objeto. En estricto rigor las adiciones por falta de previsión o adecuados estudios atentan contra el principio de planeación a pesar de ser de recibo en aras de la tutela del interés público.²³

En los casos que ha sido necesario adicionar el término del contrato por negligencia en el cumplimiento de los supuestos fácticos en la fase preparatoria, como son la realización de estudios técnicos, de mercado, de suelos, entre otros, la Procuraduría ha sancionado al funcionario investigado que con la adición pretende tapar este tipo de falencias, señalando que esta figura no debe ser fruto de la inoperancia del Estado en desmedro de los fines de cualquier proceso contractual, utilizándola para intentar esconder la planeación irregular, resquebrajando con esto el ordenamiento contractual y

²³ DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, año 2001.p. 390.

haciendo que en estos casos la administración se vea obligada a adecuar recursos no programados para poder subsanar los yerros precontractuales.²⁴

Otros cargos que dan origen al inicio de investigaciones por presuntas irregularidades en la adición del contrato son:

- Que se supera el límite del 50% que señala la ley: En este evento la Procuraduría sanciona al funcionario porque esta figura también es utilizada para evadir el proceso licitatorio, ya que cuando el contrato es adicionado se hace evidente la conveniencia de ese proceso general de contratación, que como la propia ley 80 de 1993 indica, debe prevalecer sobre la contratación directa, atendiendo a los fines y principios que consagra el mismo estatuto de contratación pública.²⁵

- Por desconocimiento de la ley y más específicamente de la figura de la Adición, los funcionarios públicos son acusados de celebrar nuevos contratos al existir identidad de objeto de causa y de partes, cuando realmente lo que se hizo fue una adición, caso en el cual lógicamente la Procuraduría desestima el cargo y absuelve al funcionario.²⁶

En otros casos el cargo no prospera pues la Procuraduría comprueba que existe confusión respecto a la forma de medir el límite del 50% del valor del contrato ya que la ley determina que debe medirse es en salarios mínimos legales y resulta que al momento de revisar si se supera o no el límite medido de la forma determinada en el artículo 40, resulta que la acusación es

²⁴ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 154- 40468. Agosto 8 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

²⁵ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165-35289-1999 .Enero 30 de 2004.Procurador Delegado Mario Roberto Molano

²⁶ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Agosto 8 de 2001 .Procurador Delegado Benjamín Herrera Barbosa

infundada porque el límite se calculó erradamente simplemente sacando el 50% del valor del contrato.²⁷

²⁷ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165- 53995-01. Febrero 6 de 2003 .Procurador Delegado Mario Roberto Molano

CAPITULO SEGUNDO

2. SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1. FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Colombia como Estado Social de Derecho, está en la obligación de salvaguardar los fines estatales que tienen por objeto garantizar el bienestar de la comunidad en general. Es por tal razón que cuando se habla de la organización del Estado como una entidad que presta sus servicios, se debe tener en cuenta que existen unos principios que rigen toda la actividad de la misma. Por esto se puede hablar de la actividad reglada de los servidores públicos, pues ellos son los que por medio de sus actuaciones forman la voluntad de la administración y con esto obligan a la misma frente a sus administrados.

Teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los mecanismos por medio del cual, el Estado genera ingresos para sus administrados, se hace necesaria la presencia de principios que guíen dicha actividad. De hecho es pertinente un control y vigilancia exhaustivo por parte de quienes tienen a cargo esta tarea, pues el tesoro público está de por medio y al igual que el interés general que es el primer afectado cuando un funcionario por medio de una actuación maquiavélica infringe la ley.

Para la Corte Constitucional, *“la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y que “en*

*general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho*²⁸

De igual modo, la Corte en sentencia C-088 del 2 febrero de 2000 dice: *la prevalencia del interés general; la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (artículos. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.*

2.2. CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DE LOS SUJETOS

En materia contractual, participan dos sujetos por excelencia: el contratista, y la administración pública. Como en todo contrato, para que éste surja a la vida jurídica y tenga plenos efectos, se requiere de los elementos de existencia y validez del mismo.

Cuando se habla de los requisitos esenciales de validez del contrato, se debe tener en cuenta que, en cuanto a los sujetos que participan en el mismo, estos deben contar con la capacidad legal, entendida ésta, como el poder que le atribuye y/o reconoce el ordenamiento positivo a las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.²⁹

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ ESCOBAR Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Edit. Legis. Bogotá. 1999. p 95.

En lo referente a la capacidad para contratar, la ley 80 de 1993, dispuso una serie de reglas, tanto para los contratistas como para las entidades estatales, creando todo un régimen especial en materia contractual.

Respecto a lo anterior la Corte Constitucional en sentencia C-178 de 1996 dijo: *La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (Art. 6o.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.*

Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuales eran las entidades estatales con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autorizaba para celebrar contratos. Obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc.), así como los órganos que tienen la representación para los mismos fines (artículos. 2 numeral 1o. y 11).

La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual.³⁰

³⁰ Corte Constitucional. C-178 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell

De igual forma, la Procuraduría señaló:” *La ley 80 se ocupó del tema relacionado con la capacidad para contratar y, en el artículo 6 indicó, que pueden pactar con la administración las personas consideradas legalmente capaces por la legislación vigente, disposición dirigida a proteger la autonomía de la voluntad privada y la tutela de los intereses generales*”.³¹

De lo anterior se desprende que tanto la Procuraduría como la Corte Constitucional coinciden en el punto de la capacidad de los sujetos de la contratación estatal. Para ambas instituciones es claro que la entidad estatal y el contratista deben tener la capacidad legal de contratación y estar exentos de toda prohibición legal, entendida ésta como no estar incurso en una inhabilidad o incompatibilidad, las cuales se verán a fondo en el próximo capítulo.

2.3. PARTES EN EL CONTRATO ESTATAL.

Como ya se había mencionado anteriormente, hacen parte del contrato estatal, por un lado el contratista y por otro lado la administración pública. Respecto de esta última se puede observar que las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y el manual de funciones de las entidades públicas, establecen las atribuciones que le incumben a cada órgano o funcionario público en el proceso contractual,³² en otras palabras estamos frente a una actividad reglada.

La Procuraduría reconoció este postulado diciendo que: *“Partiendo del principio de la obligación que tiene el servidor público de conocer la normatividad que regula sus distintas actividades, entre ellas las relativas a la contratación estatal y en particular las disposiciones que imponen las obligaciones y deberes a acatar en la etapa prenegocial, negocial y de ejecución. Sabiendo además, que uno de los deberes es el de implementar un solo contrato por cada objeto que deba ejecutarse tendiente a satisfacer las necesidades que conciernen a la esfera*

³¹ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-46823-00 de octubre 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano López
5. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op Cit.Pág.97

*en la que constitucional y legalmente deba actuar la entidad respectiva. Y, el implicado actuando con conocimiento de causa inobservó dichos fines contractuales. Es incuestionable que estando la actividad contractual absolutamente reglada, ello le impone al servidor público la obligación de actuar en consonancia con sus dictados, de donde se sigue que la inobservancia a tales preceptos, no tiene otra explicación objetivamente razonable más que el propósito deliberado del investigado de desatender el cumplimiento de la ley que le ordena desarrollar la fase contractual con apego a los dictados de la ley, y de actuar con absoluta responsabilidad alrededor de ello. En consecuencia, este servidor público procedió, con dolo.*³³

2.3.1. La entidad Estatal

En el artículo segundo de la ley 80 de 1993, se determina cuales son las entidades estatales que pueden celebrar contratos. Se entienden como tales, todos los órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica y, por tanto, que actúen por su misma naturaleza de manera ordinaria y normal en el tráfico jurídico sin necesidad de autorización especial por parte del legislador para ejercer uno de los principales atributos de su personalidad: la capacidad contractual.³⁴ También pueden celebrar contratos aquellas entidades que, aunque no tengan personería jurídica, la ley les otorgue capacidad de contratación.

La Procuraduría dispuso que: *La autonomía administrativa de que gozan los establecimientos públicos es la facultad que tiene una entidad para manejarse por si misma, razón por la cual para ella no es imperativo acoger las recomendaciones o determinaciones de la entidad a la que se encuentra adscrita, máximo si ellas no tienen la connotación de ley.*³⁵

³³ Procuraduría General de la Nación Segunda delegada para la contratación Estatal. Resolución 165-49365-00. fecha Agosto 8 de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos. Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia. 2000. Pág. 298.

³⁵ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 021-19821-1998 del 23 de enero de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano López

Para Escobar Gil, la competencia de la administración pública comprende dos aspectos diferentes a saber: uno de carácter objetivo que consiste en la potestad que la ley le atribuye a la entidad estatal para celebrar un determinado contrato, y otro de naturaleza subjetiva que se refiere a la habilitación del agente o funcionario que representa la voluntad pública.

Ahora bien, en este estudio se va hacer énfasis en la naturaleza subjetiva de la competencia de la administración estatal, esto es en el funcionario competente, no en el órgano competente (la entidad estatal), por lo tanto no se va a tener en cuenta.

2.3.2. Funcionario competente.

Cuando se habla del funcionario competente, se debe tener en cuenta el concepto de la delegación, pues en torno a esta giran todos los problemas que se presentan en materia disciplinaria, pues dependiendo del caso en concreto se debe establecer en cabeza de quien recae la responsabilidad.

Para entender el tema de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios en el campo de la contratación estatal, se debe acudir a los fallos más importantes que ha dictado la Corte Constitucional, sobre la responsabilidad de los delegantes y delegatarios en materia de contratación. Además de lo anterior, también existen unos fallos de la Procuraduría que tratan sobre este tema y que traen una jurisprudencia bastante enriquecedora.

2.4. JUSTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

La Corte Constitucional en una de sus providencias dispuso: *Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en los artículos 6º -los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones-, 90 –en los eventos en que el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, deberá repetir*

contra sus agentes cuando el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos-,¹²¹ –ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley- 123 –los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento-, y 124 –la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.³⁶

De lo anterior se desprende que los servidores públicos tengan una actividad reglada. De hecho ellos están en la obligación de respetar las leyes y la constitución, de ahí nace toda la teoría de las prerrogativas públicas. Ellos solo pueden hacer lo que les está expresamente autorizado, pues están al servicio del Estado y por lo tanto deben realizar todas sus actuaciones de acuerdo a los fines del mismo.

De igual manera la Procuraduría en uno de sus fallos dispuso que: *“Finalmente, en los numerales 8º y 9º del referido artículo 24, se establecen ciertos deberes especiales a cargo de las autoridades. El primero de ellos hace referencia al principio general según el cual la conducta de tales autoridades debe ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad de interés público que debe ser el único móvil de su actuación. Por ello se establece que no obrarán con abuso o desviación de poder y que deben observar los procedimientos de selección y los requisitos previstos en el estatuto. En este sentido no podrán, por ejemplo, con el fin de eludir tales procedimientos, fraccionar contratos u omitir los requisitos previos a la apertura de una licitación, o los de formación y perfeccionamiento de los contratos, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en la misma ley” (García González, Jorge. El Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Publicación del Ministerio de Gobierno. 1993. Pág. 65.”)³⁷*

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

³⁷ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la contratación Estatal. Resolución 165-73749-2002. 18 de Junio de 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

Como se puede observar en la anterior resolución de la Procuraduría y en el fallo de la Corte, estas instituciones están de acuerdo al considerar que los servidores públicos deben actuar conforme a los fines del Estado y por consiguiente todas sus actuaciones se deben ceñir a un listado de principios que son la base axiológica de la Constitución y el Estado Social de Derecho.

En este orden ideas, se debe tener en cuenta el principio de responsabilidad, pues es la base del régimen de los funcionarios públicos. Cabe anotar que la estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que intervienen en los procesos decisorios, lo que significa que no solo un funcionario participa sino que es una suma de actuaciones de varios funcionarios que como un engranaje forman un resultado final que es la decisión adoptada, la cual se transforma en la exteriorización de la manifestación de la voluntad de la administración. Es decir, que la decisión administrativa en una entidad estatal es el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados.

Por lo anterior, los funcionarios públicos deben actuar con mucho cuidado, pues de ellos depende la voluntad de la administración, porque como ya se dijo la decisión administrativa es la suma de voluntades de varios funcionarios, siendo así que estos, son los que comprometen la responsabilidad del Estado frente a sus gobernados. Por ello el régimen de responsabilidad de los mismos debe ser muy estricto.

La corte en sentencia C-233 de 2002, sostuvo que: *La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en*

*relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.*³⁸

En la procuraduría se presentó un caso de una orden de trabajo que se suscribió sin contar con los predios por donde se iba a desarrollar la obra. La institución dijo al respecto: *el disciplinado como servidor público tenía el deber de ejercer su cargo y funciones buscando el cumplimiento de los fines de la contratación de manera continua y eficiente y en el caso concreto debió verificar si se habían hecho los estudios y proyectos previos y necesarios para llevar a cabo la ejecución de la obra, la cual no se realizó en forma satisfactoria como quiera que el contrato no se pudo ejecutar.*³⁹

Esto demuestra que la Procuraduría al igual que la Corte considera que se deben cumplir de manera eficiente con los fines de la contratación pública, puesto que de por medio está entrecruzado un aspecto importante que es el la prevalencia de interés general sobre el interés particular. La contratación pública tiene sus formas de hacer las cosas, y cada actuación tiene su propio procedimiento, es así como para realizar un contrato es necesario ver la viabilidad del mismo por medio de la realización de estudios previos, para que de esta forma la administración no pierda plata.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 233 de 2002, M.P. Dr. Álvaro Tafur Gálvis

³⁹ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la contratación Estatal. Resolución 165-77182-2002- Fecha. Junio 23 de 2004 Procurador delegado Mario Roberto Molano

2.5. RÉGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La mayoría de las normas que hablan sobre este tema, han sido objeto de demandas ante la corte constitucional, y han sido invocadas por la Procuraduría, puesto que han sufrido múltiples violaciones por parte de los funcionarios públicos.

2.5.1. Competencia para celebrar el contrato estatal. Artículo 11 de la ley 80 de 1993.

De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales.

1. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de 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.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

En sentencia C- 372 de 2002 la Corte constitucional dijo: *Ahora bien, en materia contractual la ley 80 de 1993 señaló que el responsable de la gestión contractual de la entidad es el jefe o representante legal del organismo, lo que no indica que el hecho que éste delegue total o parcialmente en un inferior suyo la gestión contractual, lo exonere de la función de conducir, orientar y dirigir la gestión contractual de la entidad.*⁴⁰

De igual modo, la Procuraduría dijo en relación con la responsabilidad sobre la actividad contractual: *“El hecho de haber creado un comité para evaluar las propuestas no exime de responsabilidad al disciplinado, ya que en la Ley 80 de 1993, señala que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del representante legal de la entidad y no puede trasladarse a los comités.*⁴¹

En este punto se puede observar que tanto la Corte Constitucional como la Procuraduría, consideran que el representante legal o el jefe de la entidad estatal, tiene como función primordial guiar la actividad contractual de la entidad respectiva. Por lo tanto, el hecho de que por virtud del artículo 11 de la ley 80 de 1993 se presente una delegación parcial o total de ciertas funciones,

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-372 De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁴¹ Procuraduría general de la Nación primera delegada para la contratación Estatal. Resolución 021-49774-2000. Fecha 29 de mayo de 2003. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

esto no implica que el representante abandone su papel como guardián único de la actividad contractual.

2.5.2. Delegación en la ley 80.

De la delegación para contratar: 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.

Acerca de este artículo en sentencia 372 de 2002 la Corte Constitucional dispuso: *“De esta manera, si el jefe del organismo delega parcialmente, esto es, transfiere la función a un inferior para que adelante la etapa precontractual tanto en la licitación o concurso, como en la contratación directa, por ejemplo, la responsabilidad penal, disciplinaria y civil recaerá en el delegatorio por sus acciones u omisiones, y en el delegante si el primero ejerció las funciones bajo el poder de instrucción del segundo. En este caso, responden penal y disciplinariamente como coautores en el grado de participación en la realización de la conducta, y responden solidariamente si en las actuaciones del delegatorio interviene de alguna manera el delegante. Así las cosas, tanto delegante como delegatario están respondiendo por el hecho propio subjetivo, en el grado de coparticipación que le corresponde a cada uno”.*

“Ahora bien, si se trata de delegación total, significa que el jefe o representante legal de la entidad pública, trasladó la función en su inferior no sólo para adelantar el proceso precontractual sino para suscribir el contrato, ejecutarlo y liquidarlo, es decir, para todo el proceso precontractual, contractual o postcontractual. En este evento, el delegatario responde penal, disciplinaria y civilmente por sus acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas que son el hecho propio sin que el delegante responda por ello, puesto que a éste no puede deducírsele responsabilidad objetiva. Pero cuando las acciones u omisiones se presentaron y el delegante pudiendo evitarlas no hizo uso de la

facultad constitucional de revocar el acto de delegación y asumir las funciones, y el Estado es condenado patrimonialmente en esas circunstancias, el delegante y delegatario deben ser demandados en acción de repetición, para que cada uno responda por su grado de participación, sea por vía de acción o de omisión, y que condujo a que se presentara la actuación dañosa de la administración". ⁴²

Respecto de este punto, es válida la apreciación que hace la Corte Constitucional, pues es conveniente diferenciar los 2 tipos de delegación que se pueden presentar. El primero consiste en la delegación total y el segundo la delegación parcial. Dependiendo del caso en concreto se podrá establecer la responsabilidad del funcionario que haya delegado, aunque como se verá mas adelante, esta diferenciación no es importante para la Procuraduría pues no la tienen en cuenta en sus resoluciones.

2.5.3. Delegación en la Constitución. Artículo 211 de la Constitución Política de Colombia.

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. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

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.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-372 De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Respecto de este artículo en sentencia 372 de 2002 la Corte Constitucional dispuso: La corte respecto a este artículo dijo que *” Al analizarlo se observa que cuando el superior delega total o parcialmente funciones contractuales de aquellas previstas en el Estatuto General de la Contratación Pública, a un inferior suyo, no es que se esté autorizando al delegante a que se desprenda totalmente de la responsabilidad de coordinar y dirigir las funciones que le corresponden a la entidad y concretamente a su Despacho, pues cuando delega tiene el poder permanente de instrucción, y la responsabilidad de revisar el uso adecuado que el delegatario esté dando a las funciones que recibe, ya que son competencias que la ley en principio le asigna a su Despacho, y es él quien debe velar con sumo celo por su ejercicio. Por eso el artículo 211 constitucional dispone que el delegante podrá siempre reformar o revocar los actos del delegatario, reasumiendo la competencia bajo su responsabilidad.”*

Respecto de este artículo (211 CP) cabe decir que la Procuraduría en un caso lo tomó como base para su decisión, absolviendo al disciplinado. De hecho es en el único evento en donde no se sanciona al delegante, este caso tiene que ver con el ex-gobernador del Tolima, Álvaro Ramírez Gómez, quien fue acusado de irregularidades en la celebración de ciertos contratos. En relación con los cargos endilgados la Procuraduría dijo lo siguiente: *La delegación es una figura mediante la cual el funcionario legalmente competente para el ejercicio de la actividad contractual, discrecionalmente traspasa dicha prerrogativa en funcionarios de niveles directivo y ejecutivo para que éstos los ejerzan bajo su propia responsabilidad.*

Como consecuencia de la delegación, el delegante queda eximido de responsabilidad en cuanto al resorte de la función delegada, pues ésta recae en su totalidad en el delegatario, tal como lo señala expresamente el artículo 211 de la C. P.

Por lo anterior, el cargo formulado a Álvaro Ramírez Gómez no está llamado a prosperar y por ende se acoge los planteamientos por él expuestos en el escrito de descargos.

La ley ha establecido como única limitante a la delegación, aquella consistente en efectuarse en cargos el nivel directivo o ejecutivo. No exige la normatividad que dicha delegación se lleve a cabo en aquellos servidores públicos cuyas funciones se relacionen con la materia de la delegación, si bien es cierto este sería un criterio de conveniencia o de buena administración, también es cierto que por virtud del principio de legalidad los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones sólo están sometidos al imperio de la ley y si esta no les atribuye determinada competencia, ella se encuentra prohibida, por tanto, la exigencia del segundo cargo formulado no tiene asidero legal imponiendo en esta instancia absolver de esa imputación al disciplinado.⁴³

2.5.4. Acción de repetición. Parágrafo 4 del artículo 2 de la ley 678 de 2001.

“En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.”

2.5.5. Responsabilidad solidaria. Inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

Este artículo fue demandado, en cuanto dispone que “el representante legal de la entidad contratante y el contratista responden solidariamente con los funcionarios responsables de las irregularidades en la contratación.”

En Sentencia C-088 la Corte es clara al señalar que el segmento cuestionado debe también *“interpretarse de manera sistemática, en consonancia con el*

⁴³ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Fecha 26 de octubre de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa

artículo 211 de la Carta, que desarrolla el artículo 12 del Estatuto Contractual, a cuyo tenor, el representante legal de la entidad contratante puede 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, caso en el cual “la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario” .

Así las cosas, interpretado el precepto consagrado en armonía con las disposiciones que en precedencia se citaron, debe entenderse que si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo.⁴⁴

Lo anterior quiere decir que al existir tantas normas que hablan de la responsabilidad en materia de delegación, estas siempre se deben entender de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución Política, pues este irradia toda la normatividad. El problema que se presenta es que las personas demandan todas las normas inferiores al artículo 211 creyendo que este siempre es violado, lo que pasa es que no se interpreta de la manera correcta, pues si bien este artículo consagra que el delegante no responderá por los actos delegados, también es cierto que él conserva un poder de supervisión sobre su delegatario, y que en el evento que se presenten actuaciones contrarias a la ley, él estará obligado a usar su poder de revocación, para dejar sin efectos dichos actos, por lo que en pocas palabras se puede decir que el delegatario nunca se deshace completamente de su función, y es así que la Procuraduría ha entendido este artículo y es por esto que en la mayoría de los casos no se absuelve disciplinariamente al jefe o representante legal de la entidad.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-088 Del 2 De Febrero De 2000. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

La Corte Constitucional en la misma sentencia dispuso: *Responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.*⁴⁵

De hecho la Corte Constitucional por medio de sus fallos, ha querido proteger al Estado de sus propios funcionarios, pues dada la experiencia se ha observado que en materia de contratación estatal se han presentado un sin número de casos de corrupción, es por esto que la responsabilidad de los funcionarios públicos ha llegado a ser tildada de objetiva por parte de quienes interponen las demandas, o por parte de los mismos funcionarios investigados, de hecho esto se puede observar en los argumentos de defensa endilgados por los disciplinados ante la Procuraduría.

La Corporación Constitucional considera que la norma el Artículo 12 de la ley 80 de 1993, tiene pleno sustento en el artículo 90 de la Carta, que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, a propósito la corte dijo: *están en consonancia con las normas constitucionales, pues lo preceptuado por el artículo 123 cuyos términos categóricos reitera el artículo 209, al disponer que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad” y que “ ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento;” es igualmente compatible con el artículo 124, a cuyo tenor “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” que concuerda con el artículo 6º, que los hace responsables “por infringir la Constitución y las Leyes” y “por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, por lo que el Estado deberá repetir en su contra de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 90 “de ser condenado” a la reparación de un daño antijurídico “que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.”⁴⁶*

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre los artículos que tienen que ver con el régimen de responsabilidad en la delegación, pues han sido objeto de varias de demandas de constitucionalidad, en la medida en que los demandantes consideran que en estas normas se violan principios como el debido proceso, o el principio de culpabilidad. En el caso de los funcionarios públicos, se argumenta que lo que existe es una responsabilidad objetiva, pues con el simple hecho de ser jefe o representante jurídico de la entidad, de por si existe una responsabilidad solidaria entre el delegante y el delegatario, por ser el primero el encargado de dirigir, vigilar y controlar la actividad estatal.⁴⁷

De hecho en una de las demandas, la defensa dijo: *la norma acusada avala la consagración de una modalidad de responsabilidad objetiva al penalizar la delegación en materia contractual, pues cada vez que la delegación se verifique y ocurra una conducta del delegatario atentatoria del patrimonio del Estado, el delegante puede ser llamado a responder solidariamente por un hecho ajeno, librado sin su concurso, y por consiguiente no imputable objetivamente a su acción u omisión.*⁴⁸

2.6. RESPONSABILIDAD EN LA DELEGACION

La Corte ha creado una teoría interesante en este punto de la responsabilidad en la delegación, la cual también ha sido explicada por el autor Dávila en su obra. Se pueden evidenciar dos eventos diferentes respecto a este tema.

2.6.1. Delegación en el acto de la firma

Esto tiene que ver con el hecho que la suscripción del contrato haya sido encargada a otro funcionario. En este caso, el delegante de la simple firma sigue respondiendo por la determinación adoptada, sin que se pueda excusar en la no celebración por él del contrato. Es decir, que aunque no haya

20. DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op Cit 2002. p 98.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

participado en la firma sigue respondiendo legalmente por la determinación adoptada.

En cuanto a este tema en sentencia 727 de 2000 la Corte consideró que *“la norma demandada no se refiere a la delegación administrativa en general, sino a la delegación de firma, en donde no opera ningún traslado de competencias del delegante al delegatario, pues éste tan sólo cumple una tarea material, la firma o suscripción de un documento por aquél. Expresó también que la delegación de firma tiene como fin agilizar el ejercicio de la función pública. Y, sobre la responsabilidad del delegante al efectuar la delegación de firma, señaló lo siguiente: “Vistas así las cosas, la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato, no tiene por qué trasladarse al signatario, quien no es propiamente el que contrata a nombre de la persona jurídica pública, sino tan sólo quien firma el documento. Suscribe por aquel que conserva la plenitud de la responsabilidad civil y penal por el acto. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones. Así, el supuesto normativo del artículo 211 superior, que es el del traslado efectivo de competencias, servicios o funciones, no se da en la llamada delegación de firmas, por lo cual la consecuencia subsiguiente del traslado de la responsabilidad no se predica tampoco en la referida figura. Desde este punto de vista, el párrafo acusado no vulnera la Constitución”.*⁴⁹

2.6.2. Delegación total o parcial de la competencia

Esto se refiere a lo dispuesto por la ley 678 de 2001, relativa a la acción de repetición y al llamamiento en garantía de personas que ejercen funciones públicas, el párrafo 4º del artículo 2º estableció que la ley 678 involucra genéricamente al acto de delegación en materia contractual, sin precisar ninguna fase o actividad particular de la contratación. Además, remiten a modalidades diferentes de responsabilidad de quien delega, por cuanto la ley 489 alude la responsabilidad legal civil y penal del agente principal y la ley 678

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-727 Del 21 De Junio De 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

se refiere a la responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía del delegante.

En la sentencia C-372 de 2002 el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho propone distinguir dos modalidades de delegación: una, la delegación de firma, la cual no exime de responsabilidad al delegante, según lo precisó esta Corporación en la sentencia C-727 de 2000, y otra, la delegación total o parcial de la competencia para celebrar contratos, la cual exime de responsabilidad al delegante, según lo disponen los artículos 90 y 211 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, se debe estudiar dos conceptos claves: en primer lugar la figura de la delegación y en segundo lugar la responsabilidad del servidor público como jefe o representante legal de la entidad.

2.7. LA DELEGACIÓN

En la sentencia 372 de 2002 de la Corte Constitucional se expuso una teoría interesante sobre la figura de la delegación, esto se dividió en partes, y se trae a colación en este trabajo para entender la importancia y los alcances de esta figura jurídica.

2.7.1. Finalidad de la delegación

Se basa en mejorar la eficiencia de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado. Por ello, la delegación es una figura bastante celosa y restrictiva en su aplicación, con esto se busca por 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.⁵⁰

2.7.2. Objeto

La delegación recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo. La Constitución lo postula y el legislador así lo ha consagrado en diferentes oportunidades.⁵¹

2.7.3. Discrecionalidad para delegar

El delegante tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no el ejercicio de funciones propias de su empleo o cargo y, en caso de hacerlo, para fijar los parámetros y condiciones que orientarán el ejercicio de la delegación por parte del o de los delegatarios. En este punto debe considerarse que en aplicación de los artículos 209 y 211 de la Constitución, el delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado.⁵²

En la Procuraduría se presentó un caso en donde el delegante pretendía delegar funciones que no le correspondían y esta institución dispuso: *Acerca del tema, no es discrecional que un ordenador de gasto de una entidad pública pueda variar los procesos contractuales, aduciendo que determinado proceso le es más rentable para la entidad. Por cuanto la discrecionalidad no es una figura jurídica que le otorgue facultades indistintas y sin control a los mismos, sin que estas no obedezcan a principios finalísticos y en propensión a optimizar los recursos del Estado. Es decir, el comportamiento de la discrecionalidad lleva implícito mecanismo reguladores que no le permitan a los servidores*

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Procuraduría General De La Nación Segunda Delegada Para La Contratación Estatal. Resolución 165-65706-2001 del 4 De Octubre De 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

públicos acercarse a la arbitrariedad sin que esta no tenga señalamientos proscritos en su aplicación.

Así las cosas, los procesos contractuales vienen dados en la ley 80 de 1993 y por supuesto en la reglamentación que el ejecutivo ha venido haciéndole a la susodicha ley. Es entonces obligante determinar que el mecanismo general de la contratación esta dado en las licitaciones y en forma excepcional la contratación directa.⁵³

Queda claro entonces, que la figura de la delegación es de carácter restrictivo, pues sólo se puede delegar lo que la ley ha autorizado expresamente, y además está acorde con los principios generales del derecho, en el sentido de que nadie puede otorgar más derecho del que se tiene, es por ello que no se justifica en ningún caso delegar funciones que no se encuentren dentro su competencia, ni siquiera en el evento en que se vea involucrado el interés general, pues la discrecionalidad de esta figura es bastante limitada.

2.7.4. Decisiones del delegatario

El delegatario toma dos tipos de decisiones: unas, para el cumplimiento de las funciones del empleo del cual es titular, y otras, en ejercicio de la competencia delegada, para el cumplimiento de las correspondientes funciones del empleo del delegante. En estricto sentido, es frente a estas últimas que se actúa en calidad de delegatario pues en el primer evento él no es delegatario sino el titular de su empleo. Además, las decisiones que toma en calidad de delegatario tienen el mismo nivel y la misma fuerza vinculante como si la decisión hubiese sido tomada por el delegante y, se asume, “que el delegado es el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función”.⁵⁴

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁴ Ibíd.

2.7.5. Vínculo delegante y delegatario

Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación. Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal.⁵⁵

La expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa.⁵⁶

La Procuraduría determinó: *En efecto, el quebrantamiento del deber citado en el pliego de cargos no impone, en manera alguna, que el proceder que condujo a ello sea provocado, únicamente, en desarrollo de un acto propio de sus funciones, simplemente prevé como deber el cumplimiento de la constitución y la ley, cuya inobservancia puede generar una falta disciplinaria. Hay que destacar que la cita de las normas constitucionales se encargan de ubicar el comportamiento de los servidores públicos en distintos órdenes, por ello refiere, específicamente, el acatamiento de “los reglamentos de la entidad”, para*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

*involucrar los asuntos propios de su actividad laboral, sin que ello signifique la imposibilidad de disciplinar en asuntos ajenos a sus funciones, pues el mismo texto del deber así lo indica cuando obliga al respeto de la constitución y la ley entre otros.*⁵⁷

2.8. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO JEFES O REPRESENTANTES LEGALES DE LA ENTIDAD ESTATAL

En sentencia C-372 de 2002 la corte concluyó *“En efecto, no puede darse al artículo 211 de la Constitución una lectura aislada y meramente literal para considerar que la delegación protege o aparta total y automáticamente a la autoridad delegante de todo tipo de responsabilidad en relación con el ejercicio indebido o irregular de la delegación pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., Art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia”.*⁵⁸

De igual forma la Procuraduría en un fallo dispuso que no eran de recibo las explicaciones presentadas por el acusado, por cuanto, la obligación de velar por todos los aspectos reseñados están dadas por mandato legal a través de

⁵⁷ Procuraduría General De La Nación Primera Delegada Para La Contratación Estatal. Resolución 97-909-2002. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

los mandatos previstos en la Ley 80 de 1993, que le imponían en su condición como Gobernador, estar atento al desarrollo de los contratos en los cuales estuviera comprometido el departamento, para no solo adoptar las medidas tendientes a que se cumpliera el fin perseguido con la negociación, sino para ponerle fin a la misma en el momento que se cumplieran cualquiera de las eventualidades contempladas como causales de terminación o restitución como se estableció en este caso.⁵⁹

El concepto de responsabilidad de los funcionarios públicos no debe ser el resultado de una interpretación extremista de un artículo determinado, pues este concepto debe interpretarse de manera armónica entre todas las leyes que hablen de este tema.

“Lo que la Constitución consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada”.

“Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en

⁵⁹ Procuraduría General De La Nación Segunda Delegada Para La Contratación Estatal. Resolución 165-58374-2001- Fecha Abril 25 De 2005. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

*aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios”.*⁶⁰

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la Procuraduría en un fallo de responsabilidad de los gobernadores como jefes de la entidad territorial, dispuso que las explicaciones dadas por los disciplinados no tenían asidero legal y no eran suficientes para desvirtuar la acusación, sobre el hecho de que ellos no dirigieron el proceso de selección, como quiera que tan sólo estuvieron encargados de las funciones de gobernador del departamento la cual tiene muchas ocupaciones y el proceso de selección de los contratistas ya había sido previamente avalado por todo su grupo, toda vez que él como máxima autoridad del departamento era el responsable de la dirección y manejo de toda la actividad contractual y en este evento el no acudir a la licitación pública, sino a la contratación directa implicó que se infringieran las normas constitucionales y de la Ley 80 de 1993 como lo son los principios de transparencia, economía y el deber de selección objetiva.⁶¹

“La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁶¹ Procuraduría General De La Nación Segunda Delegada Para La Contrataron Estatal. Resolución 165-65706-200. Fecha 4 De Octubre De 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano

cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa.” (C.P., Art. 209).⁶²

Lo anterior tiene que ver con la responsabilidad de los funcionarios en cuanto al desarrollo de la función pública, a manera de ejemplo se puede citar un caso en donde la falta de vigilancia de un contrato por la ausencia de una adecuada supervisión, en el cual Carmen Lucía Velásquez no desempeñó la función, porque a su juicio no era la persona indicada para ejercer la actividad de marras. Lo cierto de este caso, es que ante el hecho de haber sido designada para tal efecto, estaba obligada a cumplir, sin que su omisión se encuentre justificada por que otras dependencias y servidores hubiesen ejecutado tareas de vigilancia que solo a ella le fueron encomendadas, como lo esgrime la enjuiciada. *Tal actuación a no dudarlo fue benéfica para el contrato y los beneficiarios de este, pero en manera ninguna desvirtúa el incumplimiento en que incurrió Carmen Lucía Velásquez.*⁶³

Por otra parte, la Corte Constitucional habló de la culpabilidad en materia disciplinaria y , *se dispuso que en aplicación de la figura de la delegación, el daño antijurídico que dé lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la acción de repetición (CP, Art. 90), puede darse de tres maneras diferentes, de acuerdo con la participación del delegante o del delegatario: 1ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la delegación otorgada, sin la participación del delegante; 2ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, quien utiliza al delegatario como un mero instrumento de su conducta; y 3ª) hay concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico. La primera hipótesis es a la cual hace referencia el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, y en ese evento “la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente*

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁶³ Procuraduría General De La Nación Segunda Delegada Para La Contratación Estatal. Resolución 165-49804-2000, Procurador delegado Mario Roberto Molano

al delegatario”; la segunda y la tercera hipótesis son las reguladas por la norma demandada pues no puede ser constitucional una medida del legislador que diga que un funcionario está exonerado de responsabilidad así participe con dolo o culpa grave en la consumación de un daño antijurídico por el cual el Estado se vio condenado a indemnizar a quien no estaba obligado a soportar dicha lesión”.⁶⁴

Respecto al grado de culpabilidad en materia disciplinaria, la Procuraduría ha manifestado que: *el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 prescribe que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa y como lo señaló el investigado en su alzada la Corte Constitucional en sentencia 982 de 1999 hizo énfasis en que “en todo caso el examen de la responsabilidad, ha de realizarse , a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario , es decir analizando concretamente , si la conducta típica se cometió con dolo o culpa”*

“La omisión de éste requisito sustancial no se subsana seleccionando y precisando en el fallo la forma de culpabilidad, porque en éste último debe observarse el principio de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo”

Al respecto. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su obra Dogmática del Derecho Disciplinario, señaló:

“La jurisprudencia especializada ha dicho sobre la doctrina subjetivista de responsabilidad y la culpabilidad normativa:

Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, por lo que para declarar la responsabilidad disciplinaria se requiere establecer el nexo psicológico entre el autor y la conducta, dato que se recauda a través del

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

*examen de su actitud frente al deber que le corresponde en relación con el asunto que se juzga , su grado de libertad en el caso concreto (exigibilidad de la conducta), y el conocimiento de la ilicitud del comportamiento (modalidad dolosa); y la observancia del cuidado necesario en el desarrollo de sus funciones oficiales, criterio valedero para determinar la conducta culposa”.*⁶⁵

*“En suma, la expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa (C.P., Arts. 6º, 121 y 209)”.*⁶⁶

Respecto de este tema la Procuraduría dijo que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección es del jefe o representante de la entidad estatal, quien, precisa la norma y no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Dicho de otra forma, la responsabilidad del tema contractual en principio está en cabeza del jefe de la entidad, es por ello que en una caso de la Procuraduría en donde el alcalde del municipio de Leticia el señor Gilberto Elías Aguirre Arenasen el septiembre 14 de 1999 permitió la suscripción de un contrato, cuyo objeto era “el suministro de equipos con destino al centro de informática del Colegio Inem “José Eustasio Rivera”, por esta actuación la Procuraduría acusó al endilgado de comprometer los dineros del Estado al recibir unos elementos con especificaciones totalmente diferentes a los indicados en la convocatoria del contrato; el señor Aguirre en el curso del

⁶⁵ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogota. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 372 Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

proceso demostró que no participó de manera directa en la etapa precontractual, y aunque existió una ausencia temporal de su parte, ésta no guarda conexidad con los hechos investigados, o que aquella no fue preordenada para que éstos ocurrieran; en principio esto debería exonerar de toda culpa al señor Aguirre, pero debido al verdadero alcance de dicha norma, era obligación del disciplinado velar para que el proceso cuestionado se hubiese cumplido en debida forma, ejerciendo vigilancia para la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los intereses de la entidad, máxime cuando a él, mediante comunicación de 23 de junio de 1999, el Rector del INEM le había dirigido una comunicación sobre el particular.

De lo anterior la Procuraduría concluye que *dadas esas condiciones, no resulta válido el argumento de que el acusado no actuó en la etapa previa ni contractual, pues ello, por sí solo, no lo libera del peso legal que recaía sobre sus hombros en calidad de jefe de la administración local.*⁶⁷

De igual forma, en otro fallo la procuraduría dijo que la obligación que tiene el jefe de la entidad de velar por la correcta ejecución de los contratos estatales, es una carga que tiene como objetivo primordial el cumplimiento de los fines estatales, es por ello que las entidades representadas por el jefe de la misma, están en la obligación de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual como quiera que tienen a su cargo la dirección general y el manejo de la actividad contractual y por ende la responsabilidad de ejercer control y vigilancia de la ejecución del objeto.

Quiere decir lo anterior, que los servidores públicos están en la obligación de exigirle al contratista el cumplimiento del objeto contractual, toda vez que la ley le otorga mecanismos jurídicos para que cumplan con el objeto contractual, como la modificación, terminación e interpretación unilateral del contrato.

⁶⁷ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-49330-2000. Fecha 16 diciembre de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

Estos hechos de incumplimiento ocurrieron sin que el disciplinado tomara medidas serias y contundentes frente al contratista, no obstante que la ley le ofrecía herramientas jurídicas tanto para disciplinar al contratista y obligarlo a cumplir el objeto contractual.

Como servidor público tenía que ejercer su cargo y funciones buscando el cumplimiento de los fines estatales y de la contratación exigiendo siempre al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, vigilar que el contrato se ejecutara correctamente y proteger, vigilar y salvaguardar los derechos económicos de la entidad, por lo tanto se apartó de sus funciones legales y reglamentarias establecidas en su cargo.⁶⁸

Para cerrar este capítulo podemos concluir que el concepto que maneja la Procuraduría en lo referente a la responsabilidad de los funcionarios en la figura de la delegación, varía respecto al de la Corte Constitucional, pues en todos los casos en donde se presentaron irregularidades en materia contractual, es el jefe o representante legal de la entidad quien responde de manera solidaria, es decir no le dan aplicación al artículo 211 de la Constitución Política, solo se presentó un caso en donde no se condena al jefe o representante de la entidad territorial, en pocas palabras no armonizan la interpretación del artículo 211 con las demás normas que hablan de responsabilidad, y es por ello que la mayoría de los casos siempre se sanciona disciplinariamente al jefe o representante legal de la entidad.

Por otra parte, también se puede concluir que la Procuraduría en sus consideraciones no toman en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de hecho nunca se mencionaron las teorías de la misma, sencillamente se remiten a citar las normas que son “violadas” y a condenar a los servidores públicos.

⁶⁸ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-55308-200. Fecha 1 de marzo de 2005. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

Por ultimo se podría llegar a afirmar que la procuraduría maneja un esquema de responsabilidad solidaria entre delegante y delegatario; y que atiende al régimen de responsabilidad objetiva respecto del jefe o representante legal de la entidad, puesto que la simple culpa no basta para ser eximido de responsabilidad, por lo que se podría llegar a decir que el ser jefe o representante de una entidad estatal se convirtió en una actividad de riesgo.

CAPITULO TERCERO

3. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

3.1. JUSTIFICACIÓN DE LAS INHABILIDADES Y DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Este tema se encuentra muy ligado al principio de transparencia e imparcialidad, los cuales se elevaron a norma constitucional, debido a la corrupción y la inmoralidad que se venia presentando en el país, en materia de contratación estatal.

Cuando se habla de inhabilidades e incompatibilidades, se debe entender como una restricción al ejercicio de las libertades públicas como garantía de pureza en la contratación, en palabras de Luís Guillermo Dávila Vinueza “son prohibiciones que se inspiran en un fin moralizador”.⁶⁹

La existencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se debe a muchas razones, tales como la de alejar del proceso de la contratación la influencia familiar o evitar que los funcionarios públicos contraten con entidades del estado, porque esto rompería el esquema de la igualdad y la imparcialidad en materia de contratos, producto del principio de transparencia. Según el abogado Jaime orlando Santofimio, la presencia de este régimen, *“se sustenta en el principio constitucional de que el interés publico prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y la conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad. Por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del*

⁶⁹ DAVILA Vinueza, Luís Guillermo. Op Cit. p 99.

ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales".⁷⁰

En este sentido la procuraduría dispuso: *"Con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pretende preservar la moralidad pública y hacer más transparente la función administrativa en materia contractual"*.⁷¹

En igual sentido la Procuraduría, ha sostenido: *"Teniendo en cuenta que en materia de celebración y ejecución de los contratos, 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 aquellos"*.⁷²

El legislador previó en el régimen de inhabilidades o incompatibilidades un catálogo de circunstancias dirigidas a evitar la corrupción, el nepotismo, o prácticas nocivas que atentan o desvirtúan los cimientos en que se edifican las relaciones contractuales en las que, por estar en juego los recursos del Estado, su exigencia es cada vez mayor y rigurosa.

El tema de régimen de responsabilidades e inhabilidades está muy ligado al tema de la capacidad, de hecho se puede considerar como un elemento importante, pues en materia de contratación estatal no es suficiente con la capacidad de obrar como en derecho civil, sino que se debe estar exento de cualquier prohibición legal, dado que este régimen es una limitante de la capacidad para contratar con entidades estatales.

De hecho la Corte Constitucional en sentencia C- 489 del 26 de septiembre de 1996 dispuso: *"Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad*

70. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op Cit. P 351

71. Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-32683-99. Fecha 16 de Abril de 2002. Mario Roberto Molano.

⁷² Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-46823-00. Fecha 27 de marzo de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

*para contratar con las entidades estatales por parte de las personas naturales y jurídicas. Estas 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. Debido a los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales se exige que estas 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 los cuales se contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente, y eficaz cumplimiento del contrato”*⁷³

De igual forma, la Procuraduría señaló lo siguiente: “Por lo anterior, la ley 80 se ocupó del tema relacionado con la capacidad para *contratar y, en el artículo 6 señaló, que pueden pactar con la administración las personas consideradas legalmente capaces por la legislación vigente, disposición dirigida a proteger la autonomía de la voluntad privada y la tutela de los intereses generales*”.

*“El punto de la capacidad legal está íntimamente ligado con el tema de las inhabilidades e incompatibilidades, pues no basta con que una persona simplemente pueda contratar con una entidad estatal, siendo necesario también que no esté afectada por una restricción legal o incapacidad especial, que se lo impida; se trata entonces de preservar la moralidad pública y minimizar los riesgos de la ejecución de los convenios”.*⁷⁴

La Procuraduría al igual que la corte constitucional, dispone 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*

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, C.P.: Antonio Barrera Carbonell, exp. C-489.

⁷⁴ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-46823-00. Fecha 27 de marzo de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

relación contractual con dichas entidades, operaciones contractuales que exigen que 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 acuerdo de voluntades”⁷⁵

3.2. NATURALEZA

La naturaleza jurídica de estas instituciones prohibitivas es de orden público porque solamente pueden establecerse por mandamiento legal y están reservadas siempre al legislador, de hecho son instituciones “de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación analógica”⁷⁶.

En este punto, Luís Guillermo Dávila Vinueza hace una explicación bastante interesante, pues aunque acepta que este régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de interpretación restrictiva, también argumenta que en casos excepcionales se debe acudir a una interpretación finalística o extensiva, pues en ciertos eventos esta permitiría cobijar una situación que no se encuentra planteada en la ley, pero igual hay un riesgo inmenso de colusión, lo que implica que si no se tiene en cuenta, la moral pública como bien jurídico tutelado, éste se vería desprotegido.

⁷⁵ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 083-01540-00. Fecha 27 de Marzo de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, C.P. Roberto Suárez Franco, exp. 925

3.3. CONCEPTO DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

Por otra parte en cuanto a la diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, en primer lugar, se podría afirmar que la da el tiempo en que se configura dicha prohibición. Si la tacha, restricción o impedimento se da antes de la celebración del contrato, sería inhabilidad, por lo tanto sería un hecho prohibitivo antecedente a la celebración del contrato.

En cambio, la incompatibilidad se refiere, al ejercicio mismo de la función pública. Habrá incompatibilidad respecto a la persona que ejerce una actividad gubernamental, mientras se ejerza una función pública, por lo tanto, no podrá tener relaciones negociables o contractuales con determinadas personas o con determinadas sociedades; es coexistente o concomitante con una función pública.

Otro punto diferenciador de estos conceptos, es el de Rodrigo Escobar Gil,⁷⁷ cuando en su obra cita como ejemplo un pronunciamiento de la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, dijo que se encuadran dentro del concepto jurídico de incompatibilidad: *“quienes tienen la calidad de servidores públicos; los parientes de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o de los miembros de la junta o consejo directivo; quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, durante el término de un año, a partir de la fecha del retiro. En estos casos, el motivo que justifica la institución es la exigencia ética de preservar la transparencia en el manejo de la cosa pública, lo que impone la necesidad de prohibirle la celebración de contratos con el Estado a los servidores públicos y sus parientes, que se encuentran en una posición de privilegio para acceder a los beneficios de la contratación pública, en detrimento del principio de igualdad de oportunidades de los asociados. Es que el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar entre los servidores oficiales y sus parientes, afecta la igualdad entre proponentes y se*

⁷⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op Cit. P 103.

sobrepone a las exigencias éticas de una sana y honesta competencia entre los concursantes, que es la base de la selección objetiva del contratista”⁷⁸

Por otra parte respecto del concepto jurídico de inhabilidades, el mismo autor dice: quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad; o participaron en licitaciones o celebraron contratos estando inhabilitados; o han sido condenados mediante sentencia judicial a pena de interdicción de derechos y funciones publicas o han sido sancionados disciplinariamente con destitución; o se abstengan sin justa causa de suscribir el contrato estatal adjudicado; o hayan sido afectados con la cancelación de la inscripción en el registro de proponentes, etc. En estos casos, “se trata de situaciones jurídicas subjetivas que se derivan de una actuación previa adelantada por las autoridades judiciales o administrativas, que culminan con la imposición de una sanción a una persona natural o jurídica, con la observancia de la plenitud de las garantías constitucionales inherentes al derecho fundamental del debido proceso”.⁷⁹

Por otra parte, para el profesor Dávila, ambas prohibiciones son la misma cosa, pues el legislador las ha incluido bajo el título genérico de inhabilidades e incompatibilidades, sin hacer ninguna distinción, de hecho afirma en su obra que la única la diferencia se remite a un tema de semántica.

Por otro lado, para Santofimio Gamboa, “las incompatibilidades para contratar con el Estado, son para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público. Esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma, si se tiene en cuenta que los intereses personales del servidor publico definidos por el constituyente o el legislador pueden entrar en conflicto con el interés general si se celebra un determinado contrato. Estos conflictos en la mayoría de los casos se refieren a relaciones laborales, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio. El legislador, en virtud de

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 22 de septiembre de 1994. M. P. exp. C-415

⁷⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op Cit. P 104

consideraciones políticas y de los altos intereses del Estado, puede establecer otros criterios para efectos de esta modalidad restrictiva”.⁸⁰

La inhabilidad, por el contrario, resulta por lo general imputable al posible contratista o particular que desee acceder a un cargo público. Se trata así mismo de “consideraciones personales definidas por el legislador que limitan su posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico”.⁸¹

Pero este doctrinante, al igual que el doctor Dávila, coincide en el punto que para el legislador ambas prohibiciones son lo mismo, pues tanto en el estatuto contractual, como en el Código Penal, son tratadas indistintamente.

Por el contrario, para la Procuraduría son cosas distintas pues en un fallo se establece lo siguiente: *Las inhabilidades son los inconvenientes legales o especiales relacionados con la persona del posible contratista que imposibilitan ejercer el derecho a participar en el proceso contractual o celebración de un acuerdo de voluntades.*

Y las incompatibilidades son prohibiciones o impedimentos para ejercer la actividad contractual, por tener o haber tenido el interesado la investidura de servidor público.

Dispone el artículo 8° de la ley 80 de 1993 que “son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: b)...Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados...”⁸²

⁸⁰ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. Op Cit. P. 352

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, C. P. Augusto Trejos Jaramillo, exp. 1997.

⁸² Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-32683-99. Fecha 16 de Abril de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

3.4. TIPIFICACION DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no es sólo lo previsto en el artículo 8º de la Ley 80/93, sino que también se complementa a lo largo del articulado del estatuto, y en otras leyes como en la ley 200 de 1995 o en la ley 610 de 2000; igualmente se puede complementar con la Constitución Política.

Las inhabilidades o incompatibilidades se pueden dividir en varios grupos, dependiendo de las características de las mismas, es decir, se pueden dividir en cuanto al sujeto sobre que recae la inhabilidad o incompatibilidad y a la extensión de la misma, o a la sanción que le es impuesta al sujeto por hacer algo contrario a la ley. A continuación se va a explicar los diferentes grupos en que se pueden dividir las inhabilidades e incompatibilidades.

3.4.1. Las que recaen por el hecho de ser servidor público

El constituyente del 91, despejó de una vez por todas las dudas en cuanto quienes son servidores públicos y señaló los siguientes: los trabajadores oficiales, los empleados públicos, miembros del Congreso y de las Corporaciones públicas, los concejales, los miembros de Juntas Directivas, los auxiliares de la justicia, entre otros. Hoy día están impedidos para celebrar contratos con el Estado, quienes independientemente de la vinculación que se tenga de manera directa o indirecta con éste en la realización de una función pública, podría encontrarse incurso de una inhabilidad o una incompatibilidad en el proceso de la formación de un contrato.

3.4.2. Las que se derivan de la Caducidad

Este tema de la caducidad ha sufrido cambios notorios, empezando por su misma estructura. Es muy distinto la caducidad como fórmula sancionadora o como poder exorbitante de la administración. Anteriormente la caducidad se daba por varias causales, hoy solamente hay una causal y es el incumplimiento notoriamente grave que impida el normal desarrollo del contrato, es decir que cause perjuicios al Estado.

A quien se le ha declarado la caducidad de un contrato, queda con la inhabilidad, con el impedimento automático para contratar con el Estado, es por ello que no se puede ocultar dicho impedimento a través de maniobras legales, como por ejemplo asociarse con otras personas o compañías, porque surge de inmediato el impedimento o inhabilidad a la persona con quien se ha unido, puesto que al recibir una persona que previamente ha sido sancionada con la declaración de caducidad, esta inhabilidad se traspasa de forma directa a la persona o a la sociedad, por lo que esta nueva asociación ya no podría contratar con el estado

3.4.3. La extensión de la inhabilidad a los funcionarios que contribuyen en la organización de una actividad contractual

En la cobertura de las inhabilidades a otros servidores públicos distintos al Representante Legal, con base en el ordinal 2º del artículo 8º de la ley 80/93, quedan cubiertos aquellas personas que contribuyen a la organización de una actividad gubernamental y contractual. Entran los Asesores, los Auditores, particularmente los Auditores Internos, los funcionarios de presupuesto, los funcionarios de las Oficinas de Planeación, los Asesores externos, que tienen todos como funcionarios del nivel directivo alguna ascendencia con el Representante legal de la entidad.

3.4.4. Como sanción por el incumplimiento

Este tema se refiere a la inhabilidad que tienen las personas que se abstienen de suscribir los contratos una vez favorecidas con la Licitación. Esta inhabilidad se estableció a partir de 1993, para aquella persona que saliendo favorecida con la Licitación y que tenga la obligación de suscribir un contrato, no lo suscriba. Tiene doble sanción, la económica y la jurídica; la económica porque le hacen efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta y la jurídica, lo inhabilita por cinco (5) años para contratar.

3.4.5. A los miembros de las juntas directivas

Esta se refiere a que también tienen inhabilidad y no pueden contratar los miembros de las Juntas Directivas de las entidades adscritas a la misma Entidad, Ministerio u organismo que los integra.

3.5. REGIMEN LEGAL DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

En primer lugar está la ley 80 de 1993, que a lo largo de su articulado tiene varias disposiciones que hablan de este régimen y fueron la base legal para los fallos de la Procuraduría.

3.5.1. Artículo 8 de la ley 80 de 1993. De las inhabilidades.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

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.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

Respecto de este literal, se puede decir que son los casos que más se presentan en la Procuraduría, es decir es el literal más violado.

A manera de ejemplo, podemos citar un caso en el que *el artículo 8 numeral 1 literal f) de la ley 80 de 1993 prescribe que los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales*".

La calidad de médico general del Hospital Departamental de Nariño hasta el 11 de enero de 2001, le da calidad de servidor público a la investigada. Por lo tanto, le estaba prohibido contratar con entidades estatales por sí o interpuesta persona. Por tal razón el pliego de cargos inequívocamente señaló tal comportamiento irregular, de tal manera que resulta cierta la afirmación hecha por el a-quo, en que se encontraba plenamente comprobada la calidad de servidor público y el haber suscrito el contrato de consultoría con el Instituto Departamental de Salud de Nariño, el 22 de diciembre de 2000 como se demuestra en el proceso, la hace incurso en falta disciplinaria y acreedor del reproche respectivo.

La disciplinada como "servidor público" celebró contrato con otra entidad estatal, desatendiendo la inhabilidad para contratar, prevista en la norma en cita que prohíbe a los servidores públicos establecer relaciones contractuales con entidades del estado, y que a su vez desarrolla el artículo 6 constitucional que los responsabiliza por infringir la constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, aspectos estos que fueron los que precisamente infringió la sancionada con su conducta al concurrir al acuerdo contractual referido conducta que el artículo 25 numeral 10 de la ley 200 de 1995 califica como gravísima.⁸³

⁸³ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación estatal. Resolución 85-11047-2002. Fecha 29 de agosto de 2003. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

De la misma manera, en otro caso se vió que el señor Juan Carlos Polanía Alencar como “servidor público”, al celebrar el contrato con la entidad estatal del orden municipal , desatendiendo la inhabilidad para contratar prevista en la norma en cita que prohíbe a los servidores públicos establecer relaciones contractuales con entidades del estado, y que a su vez desarrolla el artículo 6 constitucional que lo responsabiliza por infringir la constitución y las ley y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, aspectos estos que fueron los que precisamente infringió el sancionado con su conducta al concurrir al acuerdo contractual referido conducta que el artículo 25 numeral 10 de la ley 200 de 1995 califica como gravísima.⁸⁴

En otro caso se presenta una irregularidad, pues se suscribe el contrato de prestación de servicios No. 059 de 10 de noviembre de 1999 como Psicólogo del departamento del Huila, con una persona que ostentaba la calidad de servidor público por estar vinculado como docente en el Colegio Municipal María Auxiliadora.

Se dijo en esta resolución que teniendo en cuenta el texto del literal f del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 y el artículo 127 de la Constitución, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, por lo que el hecho de ser servidor público y contratar con una de ella genera una violación directa de la ley.⁸⁵

Igualmente encontramos un caso en que, se estudió la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública siendo servidor público. No ocurrió como consecuencia del ejercicio de las funciones por él desempeñadas en calidad de Contador C-4 adscrito al

⁸⁴ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 97-909-2002. Fecha 26 de abril de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

⁸⁵ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 083-01540-00. Fecha 27 de marzo de 2003 Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa

Comando Unificado del Sur, sino del ejercicio de su profesión (contador público) al certificar los estados financieros en relación con una entidad pública diferente a aquella en la cual encontraba vinculado laboralmente, y por cuanto la calidad de servidor público lo inhabilita para el ejercicio de su profesión.⁸⁶

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.

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 o concurso.

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 posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

⁸⁶ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 097 00314 99. fecha 7 noviembre de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo 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 acuerdo con este literal la Procuraduría declaró disciplinariamente responsable al señor *José Patrocinio Esmeral Barros*, en su calidad de *Superintendente de Notariado y Registro*, porque *celebro el 28 de julio de 1999 el contrato 031 con Edgar Vega Revollo, el cual se encontraba inhabilitado para tal evento por haber ocupado un cargo de dirección en la Superintendencia como jefe de la Oficina de Planeación e Informática, en el período comprendido entre el 4 de enero y 8 de julio de 1999.*

La procuraduría consideró que se violó de una manera directa el literal a del artículo segundo de la presente ley, se dijo en dicha resolución que, la inhabilitación, es una sanción que el derecho mismo impone a personas que incurren en conductas reprochables con el objeto de aminorar la contingencia que puede sufrir el Estado por contratar con sujetos que por sus antecedentes personales no son dignos de confianza y, en el caso de marras, la vinculación reciente de Edgar vega Revollo a la Superintendencia de Notariado y registro le impedía ejercer cualquier labor relacionada con el funcionamiento de la entidad.⁸⁷

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 directivos, 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.

En un fallo de la procuraduría se puede ver como citan esta norma como violada: *El Despacho toma como fundamento normativo inicial el literal b) del*

⁸⁷ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-46823-00. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

numeral 2° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según el cual 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.

En el caso sub lite, se evidencia, por una parte, la relación laboral y la posición que ocupaba el señor Estupiñan Hurtado dentro de la administración departamental y, por la otra, el vínculo de hecho por ser el compañero permanente de Luz Rocio Higuera Marin. Se demuestra entonces la materialidad de la falta, por cuanto el implicado firmó los contratos 007 y 008 de 1996, existiendo una causal de inhabilidad, atentando contra el bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública.⁸⁸

En otro caso similar, se determinó que Cesar Augusto Quintero Suescún y Heriberto Saavedra Trujillo, se encontraban incurso en una causal de inhabilidad por ser parientes dentro del segundo grado de afinidad de Olga Zoraida Parra Borda, para suscribir ciertos contratos, la causal prevista en el literal b), numeral 2 del artículo 8, el cual prohíbe las celebración de contratos con las personas que tengan vinculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o con las personas o miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad.⁸⁹

En este orden de ideas la Procuraduría ha señalado: “ *la razón de ser de dicha limitación al derecho de la personalidad jurídica está en salvaguardar el interés*

⁸⁸ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 154-24354-99. Fecha 14 de septiembre de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

⁸⁹ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-85658-2003. Fecha 9 de febrero de 2005. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

general, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la función administrativa, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional en sus decisiones; y es claro que los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad que se deben observar en la actividad contractual que adelantan las entidades estatales”.

*“Se ha entendido que de esa manera, entre otras razones, que aquellos se protegen de las amplias facultades que ostentan los servidores públicos que tienen bajo su dirección las entidades, para favorecer a quienes, como en este caso, los atan lazos de consanguinidad, desconociendo, de paso, el derecho a la igualdad de otros oferentes a participar, muchas de las veces, en mejores condiciones, en este tipo de procesos”.*⁹⁰

Sobre el particular la Corte Constitucional expresó en sentencia de 4 de septiembre de 1997, lo siguiente:

*“... No es pues extraño que esta lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo Colombiano, como lo muestra el artículo 26 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal, pues como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular...”*⁹¹

⁹⁰ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 052-6695-975. Fecha 5 de Octubre de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano

⁹¹ Corte Constitucional Sentencia del 4 de septiembre. M. P. Antonio Barrera Carbonell exp. C-415.

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.

Un caso que se acomoda a este literal, lo exponemos a continuación. *Gustavo Jay-Pang Somerson, en su condición de servidor público, y ejerciendo la representación que detentaba, a través de la Estatal Archipiélagos, contrató con la sociedad Issesa, en la cual él era accionista. Y en la que su hermano Graford Jay- Pang Somerson, hallándose dentro del segundo grado de consanguinidad, igualmente era accionista, miembro de su Junta Directiva y gerente suplente.*

Por lo anterior la Procuraduría declaró disciplinariamente responsable a Gustavo Jay-Pang Somerson y le impuso como sanción principal la destitución del cargo y como pena accesoria la inhabilidad de cinco (5) años para ejercer funciones públicas y contratar con el Estado⁹²

Otro caso que se acomoda a este artículo se cita así:

En efecto, el artículo 8 numeral 2 literal d) de la ley 80 de 1993 prescribe inhabilidad o incompatibilidad para intervenir en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales a las sociedades allí descritas en las que

⁹² Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 061-000079-97. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

servidores públicos (directivo, asesor o ejecutivo) tengan participación o desempeñen cargos de dirección o de manejo, que como en el evento objeto de examen con copia del certificado de la Cámara de Comercio de Riohacha, acreditan que Luís Alberto Alguero Amaya tenía para la época de los hechos la calidad de socio de la sociedad SERVIVARIOS PUBLICACIONES E.U. y en tal condición y por pertenecer a las directivas de la Universidad de la Guajira en su condición de Decano de la Facultad de Ciencias Económicas no le estaba permitido suscribir a la sociedad en la que tenía activa participación contrato alguno con el ente universitario.

Si bien es cierto el cargo se predicó de una conducta que atenta contra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Estatuto Contractual vigente, no lo es menos que no se tipifica la falta en razón que a Luís Roberto Alguero Amaya se le vinculó al proceso disciplinario por “haber permitido que Alcides Brito contratara los servicios de anillado empaste y fotocopiado con la empresa SERVIVARIOS PUBLICACIONES E.U”, y la norma citada como infringida esta dirigida a las personas jurídicas y en ellas la prohibición esta referida a quienes hagan parte de sus órganos directivos, lo que la inhabilita para estos efectos.⁹³

Otro caso se presenta con las mismas características:

El señor Luís Antonio Ruiz celebró el contrato No. 040 con persona que de conformidad con el literal a) del numeral 2, del artículo 8° de la ley 80/93, se encontraba inhabilitada para contratar por no haber cumplido el año de retiro del cargo de Secretario de Obras Públicas y de Planeación del Municipio.

En dicha resolución se dijo, que la falta constituye violación a la ley, (numeral 1° del artículo 40 de la Ley 200/95), toda vez que era conecedor de tal eventualidad, en la medida en que el contratista respecto de quien pesa una

⁹³ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 89-862-1999. Fecha 29 de abril de 2003. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

incompatibilidad para contratar, fue servidor del nivel directivo de la alcaldía municipal de Belén de los Andaquíes, razón por la que se confirma la imputación de dolo hecha por el a-quo respecto de esta conducta.

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.⁹⁴

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

3.5.1. 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 o concurso, 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.

⁹⁴ Procuraduría General de la Nación Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 077-00798-1999 del 2 de septiembre de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano

Respecto a esta causal podemos citar un caso en que se vio que aunque es cierto que para la fecha de la adjudicación del contrato que nos ocupa (15 de diciembre de 2000), no existía ninguna prohibición legal para su celebración, pero esta situación de legalidad, cambia cuando el gobernador Echeverri se posesiona como funcionario público, (1 de enero de 2001), fecha en la cual nace a la vida jurídica un impedimento sobreviviente para la ejecución de dicho negocio jurídico, pues se relaciona la actividad del comercio que el gobernador ejercía a través de la comercializadora El Proveedor Ltda. Con sus funciones públicas en tanto que, es la Sección de Rentas del departamento del Guaviare la que liquida los impuestos de timbre y consumo que por la ejecución del contrato 963 de 2000, paga la comercializadora El Proveedor Ltda., empresa que para la época de los hechos el gobernador era su socio.

El conflicto de intereses que se endilga ocurrió porque cuando el disciplinado expide el Decreto No. 132 del 7 de junio de 2001, por medio del cual establece bonificaciones e incentivos para los denunciantes y aprehensores, para promover campañas educativas y publicitarias, dirigidas a prevenir y controlar el contrabando, lo que buscó fue el de mejorar las ventas por la explotación del objeto del contrato No. 963 de 2000, pues cuanto menos aguardiente y ron llanero se consiga de contrabando, más se vende el ofrecido por su empresa. (El Proveedor Ltda.).⁹⁵

De este punto se desprende que una vez se presente la inhabilidad o incompatibilidad, es de inmediata ejecución y se debe renunciar al contrato, so pena de incurrir en ella y ser sancionado por la ley, así no se tenga la intención o el dolo de burlar la ley.

⁹⁵ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 021-74241-2002. Fecha 18 Febrero de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa

3.5.2. Artículo 22 numeral 6 de la ley 80 de 1993 de las sanciones

Cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de diez (10) años sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

3.5.3. Artículo 58 numeral 3 de la ley 80 de 1993

En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

Aunque las normas que siguen a continuación son de suma importancia para entender el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estas no fueron tomadas en cuenta por la procuraduría en sus fallos, por lo tanto no tienen un desarrollo jurisprudencial en este trabajo.

3.5.4. Artículo 45 de la ley 200 de 1995

Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta se hacen extensivos para los efectos de esta ley a los directores, gerentes, miembros de juntas directivas y servidores públicos de las mismas entidades de los niveles departamental, Distrital y municipal.

3.5.5. Artículo 5 de la ley 190 de 1995.

En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

3.5.6. Artículo 180 numerales 2 y 4. Constitución Política de Colombia.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones

3.5.7. Artículo 60 de la ley 610 de 2000 boletín de responsables fiscales

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

3.6. CONFIGURACIÓN DE LA FALTA

Cuando se genera la configuración de una inhabilidad o una incompatibilidad, lo que se da es una trasgresión al régimen legal, tanto en el orden material como en el orden intencional, es decir, para que se configure la inhabilidad o la incompatibilidad y por lo tanto sea sancionable, se debe estar actuando a sabiendas de que se está, incurso la prohibición, pues de no ser así, ésta no podrá ser sancionada. De hecho la Corte Suprema de Justicia señaló que para que exista el delito de celebración indebida de contratos por la conducta dolosa, prevista en el artículo 144 del Código Penal, al caer incurso en una inhabilidad, no se acepta la tentativa de inhabilidad o de incompatibilidad, para que haya delito se necesita la calificación material, la trasgresión real de que hubiese sido favorecido con la Licitación.

Una vez configurada la falta, es decir que la persona conozca su inhabilidad o su incompatibilidad, se está en la obligación de abstenerse de la actuación contractual, y si es la administración pública la que conoce dicha falta, ésta tiene la obligación, no la facultad de parar el contrato o la licitación, pues este es uno de los poderes de que goza la administración, ella por medio del jefe o representante legal de la entidad, que es el encargado de guiar la actividad contractual de acuerdo con los fines del Estado, deberá parar toda actuación que sea contraria a la ley, so pena de incurrir en sanciones de tipo disciplinario.

Lo anterior se puede evidenciar en renglones anteriores, pues en la mayoría de los casos de la Procuraduría en donde se sancionan a los representantes legales de la entidades, son por la omisiones de ellos frente a una conducta ilícita, como en el evento de las contrataciones con las personas inhábiles o incompatibles, pues ellos argumentando que habían delegado dicha función, pretendían pasar por alto la prohibición y contratar con dicha persona o argumentar que no conocían el ilícito porque bajo su mando no estaba dicha función, siendo que en todo caso el jefe o representante legal de la entidad es el encargado de que la contratación se acomode a los fines del Estado.

Respecto de lo anterior, la Corte en una sentencia dijo que: *“La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa.”* (C.P., art. 209).⁹⁶

Por otra parte, la Procuraduría, dice que no es necesario que se le cause un daño a la administración, para que se configure la falta disciplinaria, pues considera que en materia disciplinaria las faltas son de mera conducta, es por ello que se debe analizar este tema dentro del derecho penal, en esta materia el legislador organizó sistemáticamente los delitos, acudiendo a diversos criterios, uno de los cuales es el del bien o interés jurídicamente tutelado, esto para darles la mayor protección posible. Desde este punto de vista, los diversos delitos han sido catalogados por la doctrina como tipos penales simples o mono-ofensivos, y tipos penales complejos o pluriofensivos, según tutelén, respectivamente, un único bien jurídico, o ampáren simultáneamente varios.

Ahora bien, se debe hacer un estudio sobre la antijuridicidad, para entender el por qué la Procuraduría y el derecho Disciplinario catalogan las faltas como de mera conducta, es por ello que la antijuridicidad se ha catalogado como *un principio rector de la ley penal, que se encuentra en posición de privilegio frente a ella e irriga y permea su interpretación. La antijuridicidad entendida en los términos del artículo 4° del Código Penal, en su connotación material, impone el concepto de lesividad que, hoy por hoy, es concepto consustancial al delito. No se concibe la calificación de un hecho como punible si éste no vulneró un bien jurídico que quiso protegerse con el ordenamiento represivo o por lo menos lo colocó en inminente peligro de detrimento.*

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia Del 15 De Mayo De 2002. M.P. Dr. Jaime Cordoba Triviño. exp. C-372

En el Código Penal, se puede hacer una clasificación doctrinaria de delitos de "Delitos de Mera Conducta" o de "Mera Actividad" o de "peligro", que se dice no precisan para su configuración de ninguna modificación del mundo exterior, cuyas acciones están ligadas por un nexo causal a un comportamiento prohibido por la ley y en los que se penalizan las conductas que simplemente amenazan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados.

Se pretende proteger con éstos las condiciones objetivas generales que sirven de presupuesto al ejercicio de las actividades normales y cotidianas del individuo, buscando de esta manera que no se aumente el riesgo que de por sí implica la vida en comunidad, o por lo menos, que tal riesgo se mantenga dentro de unos parámetros controlables, por ello el legislador no espera a que se afecte el bien jurídico protegido para sancionar al infractor, sino que define conductas que considera que tienen suficiente entidad para ponerlo en peligro y anticipa así la protección.

Por su estructura, los delitos de Mera conducta, y más los que tutelan el bien jurídico "Seguridad Pública" conocidos como delitos de "Peligro", son propensos a ser aplicados por el juzgador haciendo abstracción del elemento material de la lesividad, esto es, por el simple acto formal de ejecutar un acto del que se pueda desencadenar acto injusto u omitir el esclarecimiento de la responsabilidad de un individuo frente a un hecho, como es el caso que nos ocupa, el de la falsa denuncia.⁹⁷

Respecto de este tema la Procuraduría dijo: aún a riesgo de ser reiterativos debe decirse que las faltas disciplinarias son de mera conducta, no se exige un resultado de manera tal que independientemente de si se produjo o no un detrimento patrimonial -que en este caso aparece probado en el proceso- la

⁹⁷ <http://www.juecesyfiscales.org/12.htm>. colegio de jueces y fiscales de Antioquia. Debate Penal providencias.

*actuación de la funcionaria merece reproche y precede entonces la confirmación de la sanción impuesta.*⁹⁸

Por lo anterior se puede concluir que el derecho disciplinario representado por la Procuraduría al igual que el derecho penal consagran los delitos o faltas de mera conducta, pues se considera que hay bienes jurídicos que se deben tutelar a toda costa, incluso contradiciendo los principios de antijuridicidad y lesividad, es por ello que siempre será necesario indagar en cada caso concreto por el daño efectivo del bien jurídico y por la vocación lesionadora que revista el hecho juzgado, para determinar si esa conducta puso en grave riesgo el bien jurídico, así no se haya afectado materialmente, esta premisa la utilizó la Procuraduría en varios fallos los cuales se pueden observar a lo largo de este trabajo y en los anexos del mismo.

Por otra parte, la Procuraduría en otra resolución, destaca las modalidades en las que se puede presentar la falta disciplinaria, y dice: *Del sentido general de las prohibiciones se destaca, auxiliado de los principios antes señalados, cuales tipos disciplinarios permiten que por su configuración estructural sea susceptible de realizarse por imprudencia, negligencia o impericia, y estas fuentes de la culpa tienen como soporte el deber fundamental consagrado en a el literal b) del artículo 55 del decreto 052 de 1987 que lo señala como propio de los servidores de la Rama Jurisdiccional: Desempeñara con solicitud las funciones del cargo. Y solicitud significa, según el diccionario de la Real Academia Española: diligencia o instancia cuidadosa.*⁹⁹

La procuraduría respecto al tema de la exculpación de los servidores públicos es muy estricta, pues a pesar de que existen casos en que los servidores públicos demuestran que no sabían que estaban incurso en una inhabilidad o incompatibilidad, de igual forma los condena, pues el hecho de tener una

⁹⁸ Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la contratación Estatal. Resolución 154-34960. Fecha 17 de Septiembre de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

⁹⁹ Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. fecha 31 de julio de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

profesión los hace responsables de conocer todo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Ejemplo de ello son las siguientes resoluciones

La profesión de arquitecto del acusado y no de abogado, ciertamente, per se, no lo releva de ser sujeto pasible de la acción disciplinaria, en el plano propuesto por el impugnante, entre otras cosas porque se llegaría al absurdo de que cualquier servidor público que no ostente formación en derecho, correría tan benigna suerte. Pero además, en virtud a que no se trata de cualquier servidor, sino del director del departamento de Planeación del ente territorial de San Andrés Islas, que, si bien carece de preparación jurídica, también lo es que su condición le impone un nivel y condiciones que guíe su comportamiento con sujeción a su investidura, características que, sin duda, le permitían superar su deficiencia académica, desapareciendo, en consecuencia, el elemento cualificador del eximente, esto es, su carácter invencible. A lo anterior se adiciona que, la prohibición no es de menor monta; todo lo contrario, es de linaje constitucional, lo que cierra aún más el círculo de las posibilidades en el reducido ámbito de lo insuperable.¹⁰⁰

En otra resolución se dijo: *En este orden de ideas no pueden prosperar los argumentos de defensa encaminados a obtener la exoneración de responsabilidad por haber obrado con la “convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria”, calificada como causal de justificación de la conducta en el Art. 23 numeral 4 de la ley 200 de 1995, ya que en el presente caso no podemos hablar de ignorancia en una profesional de la medicina que es vinculada mediante Resolución N° 973 del 28 de junio de 2000 de tal suerte que su desvinculación debe responder al mismo esquema, vale decir, mediante acto administrativo con la correspondiente comunicación y precisamente para ello presentó la renuncia para obtener por parte del nominador del Hospital Departamental su aceptación, de lo contrario no la hubiera presentado*

¹⁰⁰ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 61-0940-2004. Fecha 22 de febrero de 2000. Procurador delegado Benjamín Herrera

Manifiesta el imputado, desconocer que siendo funcionario publico le está prohibido suscribir contratos con otras entidades estatales, sin embargo esta afirmación no es de recibo, si se tiene en cuenta que dada su calidad de profesional en contaduría, le es exigible un mínimo de conocimiento de sus deberes y prohibiciones tanto en el ejercicio de la profesión, como en el ejercicio de la función pública. Además, como quedó establecido que actuó a sabiendas de estar incurso en una inhabilidad.¹⁰¹

Igualmente se presenta otro caso en el que, la Procuraduría dijo lo siguiente: Comparte este Despacho las apreciaciones del a-quo cuando manifiesta que el proceder del disciplinado se cometió a título de dolo cuando de trata de un educador con basta experiencia y estudios superiores que le permiten conocer el irregular comportamiento observado, amén que en cada contrato estipuló bajo la gravedad del juramento que no se encontraba incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, y por la prolongación de mas de 3 años en tal situación.¹⁰²

El supuesto error de tipo argumentado por la defensa resultó no solo vencible, sino que además conocido por el disciplinado.

Para una persona del nivel intelectual del disciplinado, con la basta experiencia acreditada en su ejercicio profesional, que se desenvuelve en un medio donde le es fácil consultar la viabilidad de sus actuaciones, el error es claramente vencible y por tanto la causal de justificación alegada no está llamada a prosperar.¹⁰³

¹⁰¹ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 097 00314 99.Fecha: Noviembre 7 de 200. Procurador delegado Mario Roberto Molano

¹⁰² Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 097 00314 99.Fecha: Noviembre 7 de 2001 Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁰³ Procuraduría General de la Nación Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 085-10788-200. Fecha del 10 de diciembre de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano

Bajo este lineamiento se ha inclinado la Procuraduría en la mayoría de los fallos analizados en este trabajo, pues a simple vista se puede observar que casi en ningún caso absuelve bajo el supuesto de convicción errada e invencible, pues para ésta, el hecho de tener una profesión hace que los funcionarios públicos no se puedan excusar bajo el simple error, de hecho se puede concluir que para la Procuraduría el hecho de estar bajo la investidura de servidor público, implica saber cuales son las consecuencias y por lo tanto se debe tener siempre en cuenta el manual de funciones y el principio de legalidad de la función pública.

Por otra parte, cuando se habla de responsabilidad disciplinaria, sea por cualquier causal, se debe tener en cuenta que la ley 200 de 1995 modificada por la ley 734 de 2004 estableció varios principios como el debido proceso, legalidad, resolución de la duda razonable a favor del disciplinado, dignidad humana y otros principios los cuales debe iluminar todas las actuaciones de la Procuraduría.

Sobre la Certeza de la falta se dijo que : *De conformidad con lo establecido en el artículo 118 de la ley 200 de 1995, el fallo sancionatorio solo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado y de autos se infiere que con relación a lo primero, vale decir la certeza de la falta ,se demostró que no fue el investigado quien solicitó u ordenó las fotocopias que originaron la presentación de la factura por valor de \$ 162.000.00, ni mucho menos permitió que quien lo hizo contratara los servicios con la empresa de la cual era socio, como se señaló equivocadamente en el pliego de cargos.*¹⁰⁴

En la misma resolución también se habló del principio de culpabilidad en materia disciplinaria y se determinó que: *el artículo 14 de la Ley 200 de 1995*

¹⁰⁴ Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 89-862-1999. Fecha 29 de abril de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

prescribe que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa y como lo señaló el investigado en su alzada la Corte Constitucional en sentencia 982 de 1999 hizo énfasis en que “en todo caso el examen de la responsabilidad, ha de realizarse, a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario, es decir analizando concretamente, si la conducta típica se cometió con dolo o culpa”

*“La omisión de éste requisito sustancial no se subsana seleccionando y precisando en el fallo la forma de culpabilidad, porque en éste último debe observarse el principio de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo”*¹⁰⁵

Como efectos jurídicos y conclusiones derivados del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los cuales se pueden observar a lo largo de este capítulo, se pueden establecer los siguientes:

En primer lugar se puede decir que el establecimiento de las inhabilidades e incompatibilidades está reservado al Legislador; son de su potestad estricta. Por consiguiente son de orden público y no pueden ser cambiadas por la voluntad de las partes, deben estar expresamente señaladas en la ley y están inspiradas por un fin de moralidad pública donde lo que se reprocha es intentar violar el régimen a sabiendas de que se está incurriendo en una prohibición legal, es por ello que la Procuraduría es tan severa en sus fallos con los servidores públicos, y a primera vista pareciera que esta entidad utilizara un régimen de responsabilidad objetiva, pues lo que está de por medio es la protección de los fines del Estado.

En segundo lugar, se puede decir que cuando aparecen inhabilidades o incompatibilidades en el proceso de celebración o ejecución del contrato, son de aplicación inmediata y por ende no le queda otra alternativa a la autoridad

¹⁰⁵ *Ibíd.*

que parar el contrato, ordenar la terminación, proceder a su inmediata liquidación y, adjudicarlo a una tercera persona.

En tercer lugar, es que si se presenta la inhabilidad y/o la incompatibilidad, genera la nulidad absoluta del contrato, y en la mayoría de los casos genera una sanción disciplinaria para el funcionario publico que incurrió en ella.

Otro efecto jurídico es que la inhabilidad o la incompatibilidad no puede ser motivo de interpretación analógica, ni extensiva. Son de interpretación estricta, taxativa, la Procuraduría es clara en esto, pues en todos los casos, se da una violación exacta a la ley, y no hay lugar a dudas si se cometió o no la infracción.

Otro efecto de la inhabilidad y/o la incompatibilidad, es que puede generar delitos y responsabilidades de orden económico, en distintos niveles (En las cláusulas generales del contrato, señala el Contratista bajo la gravedad del juramento, que no se halla incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley. Si después se descubre dentro del proceso de ejecución que si estaba inhabilitado, entonces no solo se genera la nulidad del contrato sino que además puede el contratista estar incurso en los delitos de falsedad y celebración indebida de contrato).

De hecho en la ley 200 de 1995 modificado por la ley 734 de 2004, en su artículo segundo aclara que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, y que puede existir una absolución en materia penal, pero disciplinariamente puede continuar la responsabilidad.

CAPITULO CUARTO

4. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El decreto 150 de 1976 y el 222 de 1983, eran los instrumentos legales que regulaban lo referente al tema de la contratación del estado. En 1993, la Ley 80 se estableció como el estatuto general para la contratación estatal. Para nuestro país fue un gran avance en la legislación sobre la materia, pues además de unificar sus normas en un solo régimen, proyectó principios y valores contenidos en la constitución del 1991 actualmente aplicados a la contratación estatal.

La Ley 80 de 1993 se caracteriza por ser una Ley que establece principios dentro de los cuales se debe desenvolver cualquier tipo de contratación realizada por el Estado.

La contratación estatal debe realizarse mediante los procesos de selección de los que habla la Ley 80 que son la licitación o concurso público y la contratación directa, y debe aplicar rigurosamente los principios de la contratación administrativa consagrados en la ley 80 en su capítulo 2, establecidos en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. Este artículo predica que la función administrativa debe desarrollarse de acuerdo a los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, moralidad, publicidad e imparcialidad. La Ley 80 de 1993 desarrolla estos principios constitucionales, y establece los principios generales para la contratación estatal, que son: el de economía, el de transparencia y el de responsabilidad, los cuales, deben prevalecer en cualquier contratación que realice el Estado y deben servir de base para solucionar conflictos que provengan de esa contratación.

Los principios para la contratación estatal pueden ser concebidos de acuerdo con la exposición de motivos realizada por Jorge Bendeck Olivella el 23 de septiembre de 1992, sobre la ley 80 de 1993, como “ *una garantía, de tal*

manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales “.

ARTÍCULO 23, LEY 80 DE 1993, CAPITULO II, 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”¹⁰⁶.

4.1. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

“Artículo 24, Ley 80 de 1993. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e

¹⁰⁶ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 23.

inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) 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.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta`

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) 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.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) 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, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

2o. 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.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

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 o concurso.

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 ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo 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 o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

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.

8o. 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.

9o. 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.

PARAGRAFO 1o. Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1o. del presente artículo, no impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

PARAGRAFO 2o. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

PARAGRAFO 3o. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates¹⁰⁷.

El principio de transparencia, se establece para garantizar la imparcialidad en la contratación estatal, la cual debe hacerse según su cuantía, de manera directa, mediante concurso o licitación pública. De acuerdo con esto, se entiende inmerso el deber de selección objetiva en todos los contratos que celebre la administración pública. Este deber es uno de los más importantes preceptos que desarrolla el principio de transparencia como eje de la actividad contractual del Estado, e implica la ejecución de un proceso de selección con la finalidad de escoger al contratista que tenga la propuesta más favorable para la entidad.

Por lo tanto, una de las consecuencias de este principio es la escogencia del contratista mediante licitación o concurso como regla general y excepcionalmente la contratación directa para aquellos casos en los cuales no se requiera acudir a la figura del concurso. El hecho de que existan determinados contratos que se deban celebrar directamente, no implica que se pueda obviar el principio de transparencia como uno de los principios rectores de la contratación estatal.

Los procesos de selección como la licitación o el concurso, son procedimientos creados para que cualquier persona natural o jurídica que cuente con las capacidades necesarias requeridas para la ejecución de determinado contrato, pueda acceder a la contratación estatal presentando

¹⁰⁷ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 24.

su propuesta a la entidad y de este modo tener la posibilidad de ser el contratante escogido por la misma. De esta manera se pretende impedir que la contratación estatal sea un negocio al que solo pueden acceder pocas personas, gracias a ciertos intereses, preferencias o vínculos de la entidad con el contratista elegido, sin poseer realmente la capacidad requerida para la óptima realización del contrato, haciendo ineficiente la contratación y negándole a quien si poseía la capacidad para ejecutar eficientemente el contrato la posibilidad de hacerlo.

Se busca entonces, que exista igualdad de oportunidades para todo aquel que pueda cumplir con la ejecución de un contrato con una entidad estatal, partiendo de la posibilidad de escoger la mejor oferta de acuerdo con los intereses del Estado, y más específicamente de la entidad, sin atender a razones de ningún otro tipo. El hecho de darle al proceso la calidad de público, implica que este tipo de contratación está sometida al control social, conforme a la veeduría que cualquier ciudadano puede hacer para contribuir con la buena administración de los recursos públicos.

La Ley es clara en mencionar taxativamente en qué casos puede eximirse la entidad de realizar la contratación mediante licitación o concurso, por lo tanto esta norma no admite analogía para encuadrar casos dentro de la contratación directa distintos de los que se encuentran en la norma. Como consecuencia de esto *“el uso de figuras o de interpretaciones arriesgadas con el propósito de eludir el proceso licitatorio está proscrito y genera responsabilidad para el servidor público que así actúe, amén de la nulidad absoluta del contrato en estos términos celebrados”*¹⁰⁸.

La Procuraduría se pronuncia sobre este principio en repetidas ocasiones en sus fallos, como por ejemplo, en un caso en el cual Caprecom a través de su representante legal suscribió con la empresa Audifarma un contrato de suministro de productos farmacéuticos y medicamentos esenciales, el cual no estuvo antecedido del trámite establecido en el Decreto 855 de 1994,

¹⁰⁸ DAVILA Vinuesa, Luís Guillermo, Op. Cit. p. 176.

contratándose directamente con la misma, tal y como se desprende de la pruebas del proceso¹⁰⁹.

Inicialmente se hizo un proceso de selección para ese mismo contrato en donde resultó favorecida la firma Febor S.A., pero en el transcurso se notaron las fallas por parte de aquél contratista y se optó por cambiar de empresa proveedora. Por lo tanto, se escogió la empresa Audifarma la cual había participado en el concurso, pero como le faltó presentar sus estados contables no quedó seleccionada. Las consecuencias que surgieron por haber escogido al contratista en la forma señalada, dan cuenta de los múltiples retrasos e inconvenientes acaecidos durante la ejecución del contrato, los cuales causaron perjuicio y malestar a los beneficiarios¹¹⁰.

Por lo tanto al referirse al principio de transparencia, se pronuncia la Procuraduría diciendo: *“La forma en como se dio la selección del contrato en este caso, quiebra el principio de transparencia pues implica el absurdo de acudir a los vestigios de procedimientos de selección anteriores, con la consecuencia inmediata de evitar la celebración de uno nuevo, con nuevos factores de ponderación. El comportamiento es irregular si se tiene en cuenta que las ofertas que presentan los potenciales contratistas a la Administración en respuesta a los llamados que la misma hace en condiciones de igualdad, se elaboran en función de unos específicos pliegos de condiciones o términos de referencia, esto es, para circunstancias de tiempo, modo y lugar concretos y excluyentes de cualquier otro llamado o de otro procedimiento”*¹¹¹.

Declarando disciplinariamente responsables al director general e interventora del contrato.¹¹² Vemos entonces que la Procuraduría es clara al exponer y aplicar este principio, como en el caso en concreto, considerando el comportamiento de los funcionarios como irregular al violar el principio de transparencia y las condiciones de igualdad en las que deben darse los

¹⁰⁹ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-49804, 13 de octubre de 2000, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

procesos de selección para la presentación de las propuestas y la escogencia del contratista .

Una manifestación del principio de transparencia es la selección del contratista mediante el proceso de licitación o concurso, la excepción es la contratación directa y como excepción que es, solo tiene cabida en los casos expresamente contemplados por la ley que son de aplicación restrictiva. a pesar de esto, una forma muy frecuente de eludir los procesos de licitación o concurso es el fraccionamiento contractual, que es la división de un contrato sujeto a proceso licitatorio por su cuantía en varios contratos de mínima cuantía, dividiendo de esta manera su objeto contractual con el objetivo de quedar incluido dentro de los casos que no requieren de un proceso licitatorio para su adjudicación según la ley, y de esta manera poder contratar directamente, pues para los contratos mínima cuantía no se hace necesario que se realice un proceso licitatorio y puede entonces contratarse directamente según lo que reza la norma. Así por ejemplo algunas entidades convierten los contratos de consultoría en contratos de servicios profesionales, para evadir de esa forma la licitación, también suele abusarse con frecuencia de la urgencia manifiesta para evitar el mismo principio de licitación.

Este fenómeno opera con muchísima frecuencia y es una de las mas claras violaciones al principio de transparencia y las garantías que este brinda, eludiendo el proceso de selección del contratista para contratar directamente sin que se aplique el deber de selección objetiva, aparentando estar haciendo una contratación "legal".

La Ley 80 de 1993 no prohíbe expresamente el fraccionamiento de los contratos, sin embargo, fraccionar un contrato con la finalidad de eludir la obligación impuesta por la ley 80 de realizar proceso de licitación o concurso público para algunos contratos, implica por si mismo un abuso de la norma y una violación al principio de transparencia, además de esto, " Con la Ley 80 de 1993 es imposible, en sana aplicación, emplear mecanismos evasores ya que ello implica, tal como lo reza el numeral 8 del artículo 24,

“abuso o desviación de poder” y la ley es enfática en preconizar como regla general el proceso licitatorio, no siendo viables las interpretaciones artificiosas de las causales de contratación directa o el empleo de figuras dirigidas a socavar el principio general. Este principio rector implica desde un ángulo negativo, la prohibición de eludir los procedimientos de selección como igualmente lo deja sentado el numeral mencionado.¹¹³

Sobre el tema del fraccionamiento de contratos, la Procuraduría se ha pronunciado en algunos fallos. Entre esos encontramos el de los Directores Generales de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

El caso trata sobre la división artificial del objeto a contratar, al adjudicar en forma parcial el concurso de méritos para la contratación de los servicios de auditoria médica en 22 seccionales de Cajanal, desconociendo los principios de transparencia y selección objetiva, hallándose probado que Cajanal, además del concurso público, libró invitación pública dirigida a personas naturales, personas jurídicas, consorcios o uniones temporales, que estuvieran interesados en contratar, para cada una de las seccionales la prestación de los servicios de auditoria integral en salud, la cual se compone de auditoria médica, auditoria del servicio, auditoria clínica y revisoría de cuentas médicas, aplicadas a los servicios de salud correspondientes a los cuatro niveles de complejidad del Plan Obligatorio de salud¹¹⁴.

En el caso anterior, con el “fraccionamiento” o la división artificial del objeto contratado en 22 contratos de auditoria médica en las seccionales de Cajanal, para evitar de esta manera la adjudicación del contrato mediante concurso publico, al administración desconoció el deber de selección objetiva, vulnerando de esta manera el principio de transparencia consagrado en el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, según el cual la modalidad

¹¹³ DAVILA Vinuesa, Luís Guillermo, Op. Cit. p. 177.

¹¹⁴ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-32683-99, 28 de febrero de 2003, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

ordinaria de contratación estatal es la licitación o concurso público, y por excepción la contratación directa¹¹⁵.

En este caso en específico, la Procuraduría se pronuncia sobre el tema diciendo: *“Hay fraccionamiento cuando la administración utiliza formalmente la facultad de contratación directa con el propósito fundamental de no celebrar licitación pública, estando obligada a ello, contraviniendo el numeral 8° del artículo 24 Ibídem.*

A diferencia de los decretos 150 y 222, el fraccionamiento no aparece en ninguna norma específica de la ley 80 de 1993, pero no por ello está permitido. Por el contrario, la división artificial del objeto a contratar ha sido prohibida con mayor rigor en la ley 80, que sanciona con nulidad absoluta en el artículo 44 numeral 3, aquellos contratos suscritos con desviación de poder. En el fraccionamiento se utiliza la desviación de poder cuando se contrata directamente. El fraccionamiento se mira fundamentalmente en el momento de contratación para saber si se ha respetado el principio de transparencia que indica que se debe llevar a cabo licitación y no contratación directa”¹¹⁶.

Analizado en conjunto el material probatorio obrante en el plenario, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, evidencia el Despacho con claridad meridiana que se inobservaron los principios de transparencia y selección objetiva, al fraccionar artificialmente el objeto contratado. Por lo tanto resuelve declarar responsables de los cargos endilgados a los funcionarios.¹¹⁷

Por otro lado, la ley prevé en su artículo 24 num. 5, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. Igualmente definir reglas objetivas, justas, claras y completas para la presentación de la oferta, asegurando de esta manera una escogencia objetiva y evitando la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Esto como garantía al principio de transparencia. Por lo tanto, las estipulaciones de

¹¹⁵ Ibíd.

¹¹⁶ Ibíd.

¹¹⁷ Ibíd.

los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto, además de ser ineficaces de pleno derecho, son contrarias a la ley y violan el principio de transparencia y sus parámetros.

Finalmente, es preciso decir que el principio de transparencia es tal vez el principio de mayor importancia, pues involucra conceptos esenciales de la contratación estatal como lo son, el deber de selección objetiva, los procesos de selección de licitación y concurso y la publicidad. Los cuales deben ser aplicados por la administración pública para su correcto desempeño en la contratación estatal.

4.1.1 La publicidad como manifestación del principio de transparencia.

Sobre la publicidad hay que decir que aunque la ley 80 de 1993 no la menciona dentro de su capítulo sobre los principios como un principio autónomo, la menciona como una manifestación del principio de transparencia. En el principio de transparencia, este es un tema del que no puede prescindirse para la contratación estatal. Como consecuencia de ello vemos que en todos los procesos de selección éste debe estar presente, pues es uno de los requisitos indispensables para todos los actos de la administración.

En observancia del principio de transparencia, la contratación estatal debe considerarse generalmente pública, con el objetivo de brindar al público interesado la posibilidad de conocer el proceso. La publicación, en los medios masivos de comunicación de gran difusión, busca que se garantice el acceso permanente a la información a quienes deseen presentarse al proceso y a cualquier ciudadano que desee ejercer el control social. Esta disposición logra ampliar el campo de ofertas para la selección final y así, contribuir a que se dé una selección más equitativa con condiciones previamente establecidas, y de conocimiento público y abierto a quien tenga interés en contratar.

El principio de publicidad en la contratación estatal debe entenderse entonces, como la obligación que tienen las entidades estatales de hacer públicos sus actos y con ello el derecho que tienen los participantes a conocer todos los

actuaciones y decisiones de la administración, pues de esta manera podrán controvertirlas y hacer valer el derecho de contradicción otorgado con la expedición de la ley 80 de 1993, así como también acceder a la documentación durante el proceso de selección, controlando la actuación del Estado en los procesos de selección de contratistas.

Las normas sobre contratación estatal, establecen claramente procedimientos y términos puntuales, bajo los cuales debe publicarse la información sobre el objeto a contratar y las condiciones para postularse como contratista. Esta es una de las manifestaciones del tema de publicidad en el principio de transparencia, igualmente lo es el requisito de publicidad con que debe contar el acta de apertura del proceso de selección para que quienes estén interesados puedan concurrir a ello.

Una de las manifestaciones más simples y notorias de la publicidad con respecto al principio de transparencia en materia de contratación estatal, es el simple hecho de que deban existir procesos de selección públicos como el concurso o la licitación para la contratación.

4.2 PRINCIPIO DE ECONOMÍA

“Artículo 25, ley 80. Del principio de economía. En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia 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.

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.

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.

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.

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.

6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

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.

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.

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.

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplican 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.

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.

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 o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

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.

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.

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.

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 concurso 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. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. La garantía 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. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

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.¹¹⁸

¹¹⁸ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 25.

“Mediante el principio de economía, se pretende lograr una mayor rapidez y por lo tanto una mayor economía de tiempo y recursos, en la celebración de cada contrato estatal.”¹¹⁹

Este principio es desarrollado por la ley 80 de 1993 en su artículo 25, el cual menciona su campo de aplicación y su alcance, y es en virtud de este principio, que se obliga a los servidores públicos al cumplimiento y la ejecución de los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución del objeto contratado y protegiendo los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Este principio es predicable en los procesos de selección, sobre todo en la etapa de adjudicación, y existen algunas manifestaciones en la etapa de ejecución del contrato.

Mediante este principio, se busca facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores a los procesos de selección y de esta manera, escoger la oferta mas eficiente y mas conveniente para la entidad. Debiendo evitar en todo caso retrasos en la ejecución del contrato.

El principio de economía busca reducir los costos de la contratación, evitando trámites innecesarios que fuera de su costo, aumentan la corrupción y demoran la contratación. Por esto, la entidad publica debe velar por que se cumpla con el contrato y los requisitos y condiciones del mismo sin que se generen costos adicionales a los establecidos por trámites o requisitos distintos. Para el cumplimiento de este principio se debe tener disponibilidad presupuestal previa a la apertura del proceso de selección y por ende a la contratación misma.

¹¹⁹ Franco, Gutiérrez, Omar, La Contratación Administrativa, 2a ED.; Medellín Abogados, Pág. 125.

Sobre el principio de economía la Procuraduría se pronuncia en una resolución en donde se resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Alcalde y el supervisor del municipio de Montelíbano (Córdoba), a quienes se les acusaba de la suscripción de un contrato cuyo objeto fue el arreglo de una vía, con el cual presuntamente se afectó el presupuesto del municipio al no contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal previo, que garantizara la existencia de reserva suficiente para atender dicho gasto, sin contar tampoco con registro presupuestal, permitiendo la ejecución de ese contrato, sin que la garantía hubiera sido aprobada y sin la existencia de disponibilidad correspondiente.

También se acusó al supervisor de mantenimiento de calles y carreteras, de haber recibido en representación del municipio de Montelíbano los trabajos finales del contrato sin que la obra se ejecutara de conformidad a lo estipulado en él¹²⁰.

Al respecto el pronunciamiento es el siguiente: *“La disponibilidad presupuestal es un requisito previo necesario para la contratación, en atención a lo consignado en el numeral 6 del artículo 25 de la ley 80 de 1998. La verificación de esa disponibilidad presupuestal PREVIA A LA CONTRATACION, se concreta a través de un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), requisito formal necesario para iniciar todo proceso de contratación, haciéndose por ello una parte inescindible de la actividad contractual del Estado. Para reforzar el anterior argumento, es del caso mencionar que los requisitos de disponibilidad y registro consignados en el artículo 41 de la ley 80/93 y el 26 del decreto reglamentario 679/94, son imprescindibles para ejercer la actividad contractual, disponibilidad que en este caso no fue constituida por la administración. Entonces, era necesario contar con el certificado de disponibilidad presupuestal previo, que garantizara la existencia*

¹²⁰Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 082-270-1998. Octubre 11 de 2001, Procurador delegado Benjamín Herrera.

*de apropiación suficiente para atender el gasto, compromiso que se perfecciona con el registro presupuestal*¹²¹.

Con base en las anteriores argumentaciones, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, confirma la resolución sancionando al Alcalde municipal, y al supervisor de mantenimiento de calles y carreteras de Montelíbano¹²².

Para el cumplimiento de este principio, la Ley 80 elimina gran cantidad de autorizaciones, revisiones y exigencia de sellos, autenticaciones, firmas, y formalidades, salvo que sea exigido expresamente por las leyes referentes al tema de contratación estatal. Esto para evitar trabas en el proceso de contratación y por lo tanto garantizar la celeridad en la contratación. Este principio trata de evitar que por inconvenientes que se puedan presentar durante los procesos de selección, no se actúe o se pierda lo que se ha logrado.

En el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, se dice claramente que las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir tramites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los efectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir sentencias inhibitorias¹²³.

Lo primero que prescribe la ley es la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (*numerales 1º, 2º y 4º*). Donde si se supone que el interés público es lo que determina el proceso de contratación, se considera que los trámites no pueden ir en contravía de este interés. Anteriormente se limitaban los procesos de contratación por falta de autenticaciones o vistos buenos, esto está relacionado con los defectos en el procedimiento que se pueden originar en el proceso de selección, ya que se pueden presentar vicios meramente formales

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 25

en la oferta o en el proceso, lo cual no puede conducir a que se rechace la oferta o termine este proceso. Esta medida de salvación aplica tanto para las ofertas como para el proceso en general. Visto esto en un caso concreto podemos plantear que en un proceso, la invitación debe ser publicada en un diario y debe contener cierta información entre ellas las reglas de adjudicación, pero por ser tan extensas no se incluyen en el aviso. Este vicio no puede acabar el procedimiento, puesto que las reglas están realmente en el pliego de selección y por lo tanto sería ilógico desconocer lo realizado y declarar desierto el proceso.

Igualmente este principio se ve plasmado en el tema relacionado con los vicios de las ofertas. Antes de la Ley 80 se rechazaban las ofertas por defectos que tenían que ver con las ritualidades, por lo que se desaprovecharon buenas ofertas. No se puede tratar toda omisión como equivalente puesto que algunas son insubsanables y por eso se recoge esta teoría sobre los vicios subsanables e insubsanables en el numeral 15º del artículo 25.

De acuerdo a esto, debe procurarse conservar los actos de la contratación estatal como el proceso de selección, cuando adolece de defectos netamente procedimentales, haciendo que esto no sea excusa para que se demore su ejecución. Por lo tanto se debe determinar la naturaleza del vicio del que adolezca, a efectos de establecer si es formal o esencial, así, cuando existan defectos en la forma en los procesos de selección y aun en la ejecución del contrato, la entidad debe tratar de salvaguardarlo para no tener que incurrir en mas gastos iniciando un nuevo proceso como lo reconoce la doctrina , *"la ley busca que los procedimientos que se establezcan sirvan para impulsar la actuación, no para trancarla.*"¹²⁴

Teniendo en cuenta la prevalencia del interés público en la contratación estatal, se debe tratar en lo posible, de conservar los proceso de selección cuando estos estén viciados en su forma y no se afecte el proceso en su esencia ni se vulnere el principio de igualdad. Debe prevalecer el interés

¹²⁴ FRANCO, Gutiérrez, Omar, Op. Cit., Pág. 126

publico si es subsanable el vicio del que adolece el proceso, pues solamente cuando el vicio impide la selección objetiva debe fracasar, es decir cuando versa sobre su esencia no sobre su forma.

Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina en varias ocasiones y tomando diferentes puntos de vista, al respecto y de manera acertada se pronuncia el doctrinante Luís Guillermo Dávila, diciendo: *“Resulta contrario al principio de economía, de eficiencia y de buena administración la posición que defiende la continuidad del proceso, no obstante haberse advertido un error craso, verbi gracia, unos pliegos de condiciones o términos de referencia que no permiten efectuar la selección objetiva por cuanto, establecen factores de selección subjetivos o tan ambiguos e inexactos que no permiten ninguna forma de evaluación en esas condiciones no tiene sentido, persistir en un proceso hasta la decisión final, vale decir, la declaratoria desierta pasando por la pantomima de tener que efectuar una evaluación ficticia”*¹²⁵.

En desarrollo del principio de economía la Ley 80 obliga al contratista a constituir una póliza de garantía del contrato que pueda salvaguardar a la entidad en caso de incumplimiento, esta garantía puede consistir en pólizas de seguros, garantías bancarias o cualquier otro medio que ofrezca seguridad a la entidad.

En cuanto a la protección de los recursos del Estado, para evitarle costosas demandas por incumplimiento en los pagos de los contratos, se estableció que para que se inicie el proceso es necesario contar con disponibilidad presupuestal, dentro de la cual se deben incluir también estimaciones para cubrir imprevistos o ajustes económicos al contrato, entre otros eventos. Esto debe establecerse con anterioridad para poder garantizar el pago. Igualmente deben incluirse estudios y análisis previos que reafirmen la necesidad del contrato.

¹²⁵DÁVILA Vinuesa, Luís Guillermo, Op., Cit. Pág. 188.

4.3 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Artículo 26, Ley 80 de 1993, Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. 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.

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 o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia 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 fijan 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 ¹²⁶ .

Con este principio se busca generar la obligación en los funcionarios públicos y en los contratistas, de responder por los daños que se causen por motivo de la contratación estatal.

Desde la expedición de la ley 80 de 1993, se reitera la obligación de los servidores públicos de preservar los intereses del Estado en todo momento del proceso contractual, situación que se materializa, en las sanciones impuestas a los servidores públicos, garantes de la contratación, cuando no adelantan estudios previos que demuestren el objetivo de contratar o cuando la información suministrada en los pliegos de condiciones o términos de referencia son confusos.

Pero el principio de responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista también es responsable por la veracidad de la información que suministra a la entidad estatal en su propuesta sobre la calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

Este principio es creado con el fin de regular la gestión de los servidores públicos y de los contratistas. De acuerdo a este, los servidores públicos están obligados a cumplir con los fines del estado y de la contratación, haciendo valer

¹²⁶ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 26.

una correcta ejecución de lo contratado y protegiendo los derechos de la entidad y del contratista.

Para garantizar este principio, los servidores públicos serán responsables penal, civil y disciplinariamente. Igualmente serán responsables por iniciar procesos de selección sin autorización previa, por contratar sin la existencia antecedente de un presupuesto respectivo, o sin realizar estudios, proyectos de factibilidad o diseños anticipadamente, por no adjudicar el contrato sin que exista una justa causa para esto y por hacer uso de privilegios o poderes contenidos en el contrato sin que se justifique su utilización o se haga con desviación de poder o abuso del mismo.

La responsabilidad del manejo y la dirección de la actividad contractual de los procesos de selección se atribuye siempre al jefe o representante de la entidad, no a la junta, ni a los consejos directivos o corporaciones administrativas, evitando de esta manera que la responsabilidad termine confundándose entre las personas que integran dichos organismos y el representante de la entidad .

Sobre este principio se ha pronunciado la Procuraduría en repetidas ocasiones. Como ejemplo encontramos el caso de un gobernador del Amazonas y su gobernadora encargada, así como varios empleados de Planeación Departamental y la Secretaria de Obras Publicas, por suscribir un contrato en el cual no tuvieron en cuenta la verificación de estudios previos¹²⁷.

En relación con uno de los funcionarios investigados el pronunciamiento fue el siguiente:

“Está probada tanto la materialidad de la falta como la culpabilidad de la investigada en el hecho cuestionado, porque si bien confió en el comité técnico

¹²⁷ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución .154-24354-99. 14 de septiembre de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

y en el asesor partiendo del principio de la buena fe de los funcionarios que participaron, estaba en el deber de revisar, constatar y decidir sobre la conveniencia de la contratación al tenor de las normas que la reglamentan, toda vez que aunque no tenía el conocimiento si estaba obligada a informarse; por tal virtud, no se le está sancionando por la simple configuración de la falta sino por su comportamiento antijurídico y culpable. En este marco procesal, se encuentra demostrada la conducta irregular imputable a la encartada y, en consecuencia, la vulneración de las normas que le citaron el pliego acusatorio, por firmar el contrato sin tener en cuenta todos los requisitos exigidos por el estatuto contractual, en este caso la planeación como etapa previa a la celebración”¹²⁸.

Con relación a otro de los investigados, el despacho determinó la culpabilidad del investigado con fundamento en lo siguiente:

“Del acervo probatorio se desprende que el comportamiento desplegado por el implicado favoreció los intereses de un tercero y los sobrepuso a los de la administración, pues, sin importar que el Fondo Nacional de Regalías asignó unos recursos que debían ser invertidos en la consecución de obras que beneficiaran a la comunidad, el encartado diligenció la obtención de los mismos y luego, siendo servidor público de la Gobernación del Amazonas, dejó que su compañera permanente contratara con la entidad, a pesar de no ser la persona idónea para la realización de los estudios de consultoría, ya que estos exigían de un profesional en temas forestales y ambientales.

.

En suma, resulta claro que gestionó el capital y posteriormente, a sabiendas de la inhabilidad, permitió que la Gobernación suscribiera el contrato 07 de 1996, con su compañera permanente, únicamente para favorecerla.

¹²⁸ Ibíd.

Por otro lado, aclara el Despacho que, aun cuando la responsabilidad de los procesos de selección es del representante legal y ordenador del gasto de la entidad; lo que se le está endilgando al investigado es el haber actuado ante un organismo sin estar autorizado y, como consecuencia de ello, posteriormente permitir la celebración de los contratos con una persona con la cual estaba vinculado, incumpliendo así con la obligación que le asistía de informar sobre la inhabilidad a la máxima autoridad departamental.

Como fundamento normativo, se señala el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según el cual se establece los eventos en los cuales no se puede contratar con el Estado; por consiguiente, no solo se aplica para los contratistas como lo considera el acusado, si no, como es obvio, a los servidores públicos para que verifiquen su existencia, previo a suscribir los acuerdos”¹²⁹.

Con relación al funcionario Antonio José Ramírez, el despacho determinó la culpabilidad del investigado con fundamento en lo siguiente: *“En el proceso quedó demostrado que, por no constatar a través de medio idóneo la realización de las obras y la documentación que se le puso de presente, respecto de la cual dio su visto bueno, su actuar fue negligente y descuidado, porque no se cercioró ni le exigió al interventor que verificara lo que estaba recibiendo a satisfacción.*

Así, con su actuar irregular vulneró las normas señaladas en el pliego de cargos, esto es, los numerales 1 y 4 del artículo 26 de la ley 80 de 1993, porque al haber sido designado como supervisor del contrato 117 estaba en el deber de vigilar su correcta ejecución, en aras de cumplir con los fines de la contratación, salvaguardando.

En conclusión, se evidencia la configuración de la falta por parte del señor ANTONIO JOSÉ RAMÍREZ SANTOS, quien avaló el acta de recibo a

¹²⁹Ibíd.

satisfacción de unas obras que, en realidad, no estaban ejecutadas en su totalidad y bajo las condiciones acordadas en el contrato”¹³⁰.

Con relación al funcionario Juan José Robles, el despacho concluyó la culpabilidad del investigado con fundamento en lo siguiente: *“Dentro de las responsabilidades de los servidores públicos conforme al numeral 1o del artículo 26 del estatuto contractual, está la de vigilar, supervisar la debida ejecución del objeto contractual, razón por la cual el interventor tiene el deber de realizar todos los actos que le permitan garantizar el cumplimiento de la obra, como es la confrontación y verificación del desarrollo de la misma; de ahí que las actas que suscriba deben ajustarse a la realidad, protegiendo los intereses de la entidad y, por supuesto, los de la comunidad*

Así también, el recibo a satisfacción de la ejecución de la obra por parte del interventor debe estar conforme a los términos y especificaciones pactadas en el contrato y, además, se convierte en antecedente necesario para hacer efectivo el pago del precio al contratista.

Es claro, entonces, que el inculpado dio fe sobre la ejecución del objeto bajo circunstancias específicas que coinciden con las consignadas en el contrato, sin que éstas fueran concluidas de conformidad según indicaciones del ingeniero forestal comisionado.

Además, se observa que el encartado no tuvo un contacto directo con el sitio de ejecución, a pesar de que las visitas periódicas y definitivas son inherentes a la actividad de la interventoría y, si se presentó algún inconveniente para trasladarse a los corregimientos, no está demostrada tal circunstancia, ni siquiera la solicitud que debió elevar ante la autoridad respectiva.

Por todo lo precedente está incurso en la violación del numeral el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 por cuanto recibió a satisfacción la correcta ejecución del

¹³⁰ *Ibíd.*

objeto contratado consistente en la reforestación de las cuencas que abastecen de agua los corregimientos La Pedrera y Puerto Santander, sin que se hubiera ejecutado el acuerdo en los términos pactados”¹³¹.

De igual manera se pronuncia la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal en una resolución de fecha del 26 de septiembre de 2001, donde se acusa al alcalde municipal de la Dorada, de : *“Suscribir convenios con CODETER para reconstruir la Línea de conducción del municipio, realizar obras de protección para la terminación del acueducto y la efectuar la electrificación de una urbanización, contratando directamente con Ismael Molina Giraldo la consultoría del contrato, sin tener en cuenta los precios del mercado, ni los estudios y evaluaciones que debía realizar, además adjudicar por resolución, el contrato de suministro, directamente para la adquisición de medicamentos, así como ordenar su cancelación, con soporte en cotizaciones falsas. Por Suscribir contrato, para la elaboración del estatuto de personal para la administración central, el reglamento interno, el proyecto de acuerdo para la creación de la empresa de servicios públicos domiciliarios y estatutos internos de la misma, omitiendo los principios de selección objetiva y de escogencia imparcial, por Suscribir contratos de suministro, quien es esposa del Asesor Financiero y Administrativo del municipio, señora que no se encontraba inscrita, ni tenía establecimiento comercial, dividiendo artificialmente el objeto del contrato...etc.”¹³²*

Igualmente, se señala sobre este principio lo siguiente: *“Debe resaltarse, que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección le corresponde al jefe o representante legal de la entidad o a quien este delegue. En razón de esta responsabilidad contractual al suscribir los convenios 230 y 249 de 1997, así como los contratos números*

¹³¹Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución .154-24354-99. 14 de septiembre de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

¹³² Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución de fecha del 26 de Septiembre de 2001, Procurador delegado Benjamín Herrera.

121, 131, 132, 134 a 136 de 1997, no puede separar las consecuencias que de dichos actos se derivan, desde la verificación de las cotizaciones, constatar que estas sean legítimas, que los contratistas sean idóneos, que estén inscritos en cámara de comercio, que no estén inhabilitados, desde el análisis de las propuestas, hasta la cancelación de los mismos, sin las omisiones en que incurre, pues se está obrando como servidor público con el deber de cumplir la Constitución Nacional y la Ley, de respetar el ordenamiento jurídico, no siendo aceptable, como lo pretende Rodríguez OrosteGUI, trasladar a otros esa responsabilidad, amen de apreciarse en los contratos de suministro celebrados con Cartagena Valenzuela, favorecimiento indebido a un particular, en detrimento del erario y la administración pública.”¹³³.

Se pronuncia también, en un caso en el que: “El alcalde de Leticia permitió que con la suscripción del contrato No. 070, cuyo objeto era el suministro de equipos con destino al centro de informática de un colegio, se comprometieran los dineros del Estado al recibir unos elementos con especificaciones totalmente diferentes a los indicados en la convocatoria y por ende contratados. Tanto el señor alcalde como el secretario de hacienda hicieron caso omiso a la nota que aparecía en la oferta presentada donde el representante legal advertía que el Software no tenía licencia y que dicha empresa no se hacía responsable de ello, realizó la evaluación de las propuestas y recomendó que se adjudicara el contrato a dicha firma. El señor secretario como interventor del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula sexta del mencionado negocio jurídico, no vigiló el correcto cumplimiento del objeto contratado, al permitir que se recibieran unos elementos con diferentes características a los cotizados y contratados”¹³⁴.

Al respecto, en las consideraciones la Procuraduría argumenta:

¹³³ Ibíd.

¹³⁴ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-49330-2000, 16 diciembre de 2003, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

“La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección es del jefe o representante de la entidad estatal, quien, precisa la norma, no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Dicho de otra forma, en principio, la responsabilidad del tema contractual está en cabeza del jefe de la entidad, en este caso, del alcalde del municipio de Leticia, quien, aún admitiendo que su ausencia temporal no guarda conexidad con los hechos investigados, o que aquella no fue preordenada para que éstos ocurrieran, debía, dando el verdadero alcance a dicha norma, velar porque el proceso cuestionado se hubiese cumplido en debida forma, ejerciendo vigilancia para la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los intereses de la entidad, máxime cuando a él, mediante comunicación de 23 de junio de 1999, el Rector del INEM y la quejosa le habían dirigido una comunicación sobre el particular, como se observa en el folio 245. Tanto se entendió así, esto es, como responsable del proceso, que éstos le remitieron el 15 de diciembre un oficio en el que le ponen de presente las inconsistencias detectadas”¹³⁵.

En esas condiciones, no resulta válido el argumento de que el acusado no actuó en la etapa previa ni contractual, pues ello, por sí solo, no lo libera del peso legal que recaía sobre sus hombros en calidad de jefe de la administración local”, declarando según esto, responsable disciplinariamente a Gilberto Elías Aguirre Arenas, en calidad de alcalde de Leticia (Amazonas), por el cargo imputado¹³⁶.

Por otra parte, los contratistas, consultores, asesores o interventores que participen en un proceso contractual serán responsables civil y penalmente por

¹³⁵ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-49330-2000, 16 diciembre de 2003, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

¹³⁶ *Ibíd.*

dolo o culpa en su actuación, como cuando participan en un proceso de selección sin tener autorización para ello, suscriben un contrato conociendo circunstancias de inhabilidad e incompatibilidad, cuando no inician el contrato en el plazo pactado, cuando obstaculizan la vigilancia del contrato o sus labores, cuando formulan propuestas económicas artificialmente bajas, cuando entregan bienes diferentes a los pactados, entre otras circunstancias.

El artículo 26 del estatuto contractual contiene el principio de responsabilidad para castigar al funcionario que incumpla sus obligaciones en contratación estatal y los principios y deberes por la que esta debe regirse. Este principio se deriva del incumplimiento de deberes de orden constitucional y de las lesiones que ocasiona el incumplimiento o la violación de los fines de la contratación estatal, razón por la cual se hace necesario establecer parámetros mediante este principio.

El servidor público debe cumplir con una serie de obligaciones cuando se habla de contratación estatal, tales como la de pagar el precio como consecuencia de haber recibido la ejecución de un contrato de obra o de servicio, por lo que debe haber equivalencia razonable entre el objeto prestado y su valor, esto dice la doctrina al respecto: *“Por regla general al ordenamiento jurídico no le interesa si esa equivalencia se desequilibra mediante un precio superior o inferior pues depende de la libre y manifiesta voluntad de las partes. De manera excepcional, la ley reacciona por la desproporción que deja en situación de indefensión a una de ellas”*¹³⁷

Cuando existe discrepancia entre el objeto contratado y su valor se generan sobrepagos, sobrecostos o precios injustificados. En este caso el contrato estatal no se encuentra en igualdad para las partes, un ejemplo de esta situación, es cuando se presentan precios artificialmente bajos que se pueden generar desde la presentación de la oferta, donde la entidad debe procurar

¹³⁷ DAVILA Vinuesa, Luís Guillermo. Marco jurídico de la contratación estatal. Op. Cit., p. 220.

proporcionar elementos de juicio, e inaceptar la presentación de dicha oferta e igualar la situación razonablemente.

Sobre este tema se pronuncia la doctrina diciendo: *“El reproche que la ley hace por los precios artificialmente bajos se justifica por el evidente riesgo que se presenta en la ejecución del contrato. Quienes así actúan lo hacen con la intención de conseguir la adjudicación para que durante la ejecución del contrato se arreglen las cargas mediante reclamaciones por supuestos desequilibrios contractuales... lo que quiere decir que la celebración del contrato con precios artificialmente bajos y su ejecución sin ningún cambio de las hipótesis que propiciaron el pacto, no da lugar a ningún restablecimiento. Incluso por la existencia de una clara responsabilidad del oferente al elaborar su oferta, si su planeamiento se monta bajo la tesis de un error de cotización de la oferta.”*¹³⁸

Los contratistas deberán responder por otorgar información falsa y por ocultar prohibiciones para contratar, en este último caso, cuando el contratista se encuentre inhábil o adolezca de alguna incompatibilidad y la haya ocultado, el contrato entonces será nulo absolutamente y será terminado unilateralmente por la entidad. De igual manera, el contratista puede terminar respondiendo penal y disciplinariamente por estos hechos.

4.4 EL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA

Artículo 29, Ley 80 de 1993. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

¹³⁸Dávila Vinuesa, Luís Guillermo, Op cit, p. 221.

Ofrecimiento más favorable es aquel 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 alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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 caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.¹³⁹

Nos referimos al deber que tiene la entidad pública de escoger al contratista mediante criterios objetivos de selección, contrario a consideraciones caprichosas o subjetivas, predominando siempre el interés público.

Este deber busca una correcta escogencia del contratista en los procesos de selección que logre los cometidos estatales vinculados con la administración. Además se debe cumplir bajo el supuesto de garantizar la ejecución de un futuro contrato y por consiguiente satisfacer el interés público que ha debido tenerse en su celebración.

La selección objetiva busca la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, de acuerdo a la ponderación de factores que puedan ser esenciales

¹³⁹ Ley 80 de 1993, Capítulo II, Artículo 29-

para lograr la eficacia en el contrato. Estos factores deben estar determinados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para de esta manera evitar que exista cualquier tipo de arbitrariedad o subjetivismo en la selección, pues los factores para escoger al contratista no pueden ser diferentes a los requisitos y condiciones previamente establecidas.

Para el correcto cumplimiento de este deber la administración debe hacer una comparación de todas las ofertas presentadas en cuanto a su contenido y su viabilidad, analizando los precios y las condiciones del mercado para de esta manera escoger la propuesta más conveniente y que pueda otorgar al Estado la garantía del cumplimiento de sus fines.

Este deber rige toda selección en la contratación estatal, sin importar el procedimiento de selección que se emplee, además de ello tiene doble acepción, cuando la entidad va a seleccionar al contratista no puede basarse en criterios subjetivos y debe procurar por escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella persigue, debiéndose basar en una ponderación concreta, específica y objetiva como factor para efectuar la selección.

El precio no puede ser el único criterio relevante para escoger al contratista, debe estar acompañado por otros factores como la necesidad de la entidad, la conveniencia de la misma, la experiencia del contratista, los aspectos técnicos y su capacidad operacional.

Al respecto de este deber la Procuraduría se pronuncia mediante resolución en un caso donde se acusa a la *“Directora Ejecutiva de PROSOCIAL, de haber adjudicado un contrato de obra antes de vencerse los términos de invitación para la presentación de propuestas, violando la regla de la selección objetiva prevista en el artículo 29 de la ley 80 de 1993, puesto que la adjudicación ha debido hacerse luego que los proponentes presentaran sus ofrecimientos y del*

estudio comparativo de los ofrecimientos con el fin de identificar la propuesta mas favorable para la entidad”¹⁴⁰.

Con respecto al Principio de Selección Objetiva la Procuraduría considera:

“La regla de la selección objetiva constituye una de las máximas que desarrollan el principio de transparencia que rige la actividad contractual del Estado, e implica la realización de un procedimiento de selección que conlleve a la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad.

Acorde con el principio de legalidad, la competencia de los funcionarios públicos se circunscribe a las preceptivas establecidas en la normatividad legal vigente, por tanto, los parámetros de determinación del mecanismo de selección y su desarrollo, deben acatarse en su integridad.

Se encuentra acreditado que PROSOCIAL adelantó un proceso de selección por contratación directa, pero su representante legal adjudicó el contrato antes de vencerse el plazo para la presentación de propuestas, violando la regla de la selección objetiva por cuanto impidió efectuar la comparación de ofertas y por ende la escogencia de la propuesta mas favorable a los fines de la contratación estatal”¹⁴¹.

Por lo anterior, el despacho resuelve declarar probado el cargo formulado contra la Directora Ejecutiva de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social¹⁴².

Similar situación encuentra la Procuraduría en el caso donde se le formulan cargos al Gobernador del Departamento de Boyacá, por haber celebrado el contrato para la adquisición de un vehículo, contrato suscrito el día 26 de

¹⁴⁰ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 021-17624-1998, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² *Ibíd.*

febrero de 1998 omitiendo estudiar y valorar detenidamente tras propuestas, como lo exige la ley 80 de 1993 para la realización de este tipo de contratos¹⁴³.

El pronunciamiento es el siguiente:

“Con base en las pruebas documentales que obran dentro de la investigación disciplinaria, este Despacho colige con plena certeza que el mandatario seccional, omitió cumplir el deber de selección objetiva que le obligaba la ley, deber que a su vez comprendía no solamente solicitar una pluralidad de propuestas en el proceso de adquisición del vehículo para su despacho, sino también, un análisis previo de la necesidad del bien o servicio y una invitación a cotizar que contuviera los requisitos mínimos de contratación y características del vehículo requerido. El Gobernador de Boyacá no podía contratar sin obtener otras ofertas con la excusa de existir un solo proveedor de automóviles Volvo en Colombia y por ende se desvirtúa la presunta licitud de su conducta amparada en la circunstancia de no existir pluralidad de oferentes. Al no existir prueba de los criterios objetivos de selección que debió tener en cuenta el Gobernador de Boyacá para la adquisición del vehículo mencionado, se colige con certeza que ejerció la actividad contractual de manera subjetiva y arbitraria y que condujo su conducta de manera consciente a no dar aplicación a la norma que lo obligaba a efectuar una escogencia entre varias propuestas.

La actividad contractual como expresión de la función administrativa debe estar orientada a la satisfacción del interés general, este se observa con el cumplimiento de las normas que rigen la función pública y específicamente la actuación contractual, en la cual están envueltos de manera clara los preceptos de selección objetiva y transparencia en la adquisición de bienes o en la ejecución de obras, en la medida con que se manejan los dineros públicos, los

¹⁴³ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 154 24890 1999, Septiembre 19 de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

cuales deben tener sustento en los fines del estado y no en los personales de quienes ostentan las posiciones de poder a nivel nacional o territorial.

La finalidad del contrato estatal es institucional, nunca personal o subjetiva del servidor publico y esta fue contrariada, pues si se observa el catálogo en el que se describen las características del vehículo volvo 960, lo que si puede colegirse es el lujo y ostentación que precisamente lo convierten en un automóvil de un precio considerablemente elevado, que no consulta la notoria pobreza y averiada economía de las entidades territoriales en Colombia. Es notorio también que existen en el mercado otros automóviles a menor precio, aun de marcas extranjeras con condiciones y características especiales que no desmeritan la categoría y o jerarquía de un Gobernador de Departamento”¹⁴⁴.

Según esto se resuelve, declarar que el Gobernador del Departamento de Boyacá responsable disciplinariamente del cargo a el formulado.¹⁴⁵

En otra resolución, la Procuraduría decide formular cargos al Subgerente de Administración de Recursos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, por suscribir Contrato de Compraventa para la adquisición de cuatro computadores con ciertas características técnicas. Los cargos se le imputan porque según la oficina de Control interno, se había presentado un sobre costo en relación con los precios de mercado y porque se habían cotizado los mismos equipos con el mismo contratista y el precio que este se dio mucho menor por cada equipo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 154 24890 1999, Septiembre 19 de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 021047369 2000, Diciembre 3 de 2004, Procurador delegado Mario Roberto Molano.

Al respecto: *“Se logró probar que otras dos entidades habían presentado propuestas pero por un precio mayor, por lo que se terminó celebrando el contrato con la firma ELECTROVIDEO y COMPUTADORES LIMITADA, que además tenía mejores características técnicas e incluía 8 horas de capacitación, e Internet por un año para los computadores, también se comprobó que la segunda cotización que se hizo en la empresa no era por equipos exactamente iguales y con las mismas especificaciones técnicas de los que fueron objeto del contrato, por eso la cotización fue menor. Con esto, se tiene que la entidad contratante respetó los principios de economía, transparencia y selección objetiva.*

En mérito de lo anteriormente expuesto, la procuraduría dispone absolver al Subgerente General , del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria “INCORA”, de los cargos formulados en auto del 14 de enero de 2.003”¹⁴⁷.

De los anteriores análisis y consideraciones expuestas, es evidente la importancia de los principios de la contratación estatal, para la ejecución de la función administrativa. Pues es evidente que cada una de las etapas, los actos y hasta el mismo cumplimiento de los contratos celebrados por la Administración, se desenvuelven dentro del marco de los principios de la contratación estatal, por lo tanto es imposible hablar de contratación estatal, sin referirse de forma necesaria a los principios que la rigen porque representan los cimientos y las guías, sobre los que deben estar basados los actos propios de este tipo de negocios jurídicos.

Los principios dan lugar, a un dinamismo, en relación con la función administrativa, regidos por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad, previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política, haciendo efectivos de esta manera el cumplimiento de los fines y propósitos de la administración.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

Resulta evidente que la ley 80 establece los principios para someter a quienes ejercen al actividad administrativa al cumplimiento de los fines de la contratación estatal, esto de acuerdo a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, mediante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a quienes manejan por este medio recursos del Estado.

Las acciones de la Procuraduría General de la Nación, están orientadas a garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal y en defensa del interés público; vigila que se adelanten los procesos contractuales bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y falla de acuerdo a estos.

De todo esto se concluye que la construcción de confianza es una responsabilidad compartida, entre la administración y sus funcionarios, a partir de la cual se puede garantizar la transparencia, el equilibrio y la seguridad jurídica en el desarrollo de la contratación pública. Con tal propósito, la Procuraduría General de la Nación, es el organismo que se encarga principalmente de el cumplimiento de los fines de estado en la ejecución de la función administrativa a la luz de los principios constitucionales y de la contratación estatal.

CAPÍTULO QUINTO

5. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

En este punto de la investigación, resulta pertinente abordar el tema de la elección que debe hacer la administración de la persona, natural o jurídica, con quien procederá a suscribir el respectivo contrato estatal, para lo cual, la ley ha determinado unos procedimientos reglados a los que cada entidad contratante debe ceñirse de manera estricta dentro de la etapa pre-contractual. A grandes rasgos, estos procedimientos de selección se caracterizan por ser públicos¹⁴⁸, por ser potestades regladas, y porque siempre, independientemente del respectivo procedimiento, deberán procurar la libre concurrencia y la pluralidad de ofertas.

Es en este punto en el que la ley se orienta, mediante la imposición de precisos procedimientos, a dar garantía del cumplimiento de los fines pretendidos por la contratación estatal, lo cuales se resumen en *“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”*¹⁴⁹; finalidades éstas que se constituyen en el motivo para que dichos procesos de selección estén diseñados de manera tal que se asegure la escogencia de contratistas idóneos y responsables.

Es importante resaltar que, entre los principios de la contratación estatal señalados con anterioridad, son la transparencia, la economía y el deber de selección objetiva, los que mayor influencia tienen sobre este tema. Así, la transparencia orienta a que la adjudicación de todos los contratos sea el resultado de procedimientos administrativos claros, públicos y garantes de los derechos de audiencia y contradicción; la economía, por su parte, pretende

¹⁴⁸ Porque a ellos deben tener acceso todos los ciudadanos además de los proponentes, en principio, salvo la reserva para contratación respecto del sector militar y de seguridad nacional.

¹⁴⁹ Aparte del art. 3º de la Ley 80 de 1993.

que se de cumplimiento a los fines de la contratación con austeridad de medios, tiempos y costos, mediante una adecuada planificación integral del contrato que se pretende adjudicar; y, finalmente, el deber de selección objetiva procura que se seleccione la oferta más favorable para la entidad contratante, con base en pautas preestablecidas.

El Estatuto General de Contratación del Estado¹⁵⁰ define, de manera general, dos tipos de procedimientos, a saber, la licitación pública, que se constituye como el procedimiento que deberá seguirse en principio para toda contratación; y la contratación directa, que se seguirá excepcionalmente en los casos taxativamente señalados por la ley. Sin embargo, el párrafo del art. 30 del mencionado estatuto, ha distinguido el concurso de méritos para los casos en que el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, adicionando de esta manera una tipología más de procedimiento pero a la cual se aplica, igualmente, las reglas de la licitación pública.

Pese a todo lo anterior, aun cuando la ley pretende ser estricta en la aplicación de principios y en el cumplimiento de reglas y procesos para alcanzar sus fines, en la práctica sus disposiciones se ven diariamente quebrantadas por las actuaciones, negligentes o dolosas, de los funcionarios públicos que así lo impiden.

Por esta razón, la Procuraduría en ejercicio de sus funciones, al conocer y juzgar las diferentes demandas respecto de procesos de contratación, ha tomado con el paso de los años una postura bastante rígida y sancionatoria de tales conductas, postura que, a continuación, se procederá a analizar de manera detallada, respecto de cada fase de selección del contratista en conjunto con el concepto de la Procuraduría en relación con las conductas comúnmente investigadas en dichas etapas.

¹⁵⁰ Ley 80 de 1993.

5.1 LICITACIÓN PÚBLICA

La licitación pública, como el principal procedimiento de selección a seguir para proceder a contratar, se encuentra definido en el párrafo del art. 30 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“...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 seleccionen entre ellas la más favorable”.

O, en palabras de Roberto Dromi, quien es citado por Luis Guillermo Dávila Vinuesa en su obra “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, la licitación es el *“proceso de selección utilizado por las entidades estatales, mediante el cual escoge a sus contratistas a través de una invitación de carácter público que se dirige a todas las personas potencialmente interesadas en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones y bajo criterios objetivos garantizados por el pliego de condiciones o términos de referencia, presenten ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable”*; aportando de esta manera un definición más completa del concepto estudiado.

La licitación se caracteriza por ser, esencialmente, un procedimiento¹⁵¹, en el que concurren una serie de actos y hechos realizados por la administración y por los oferentes, y durante el cual la administración expide actos administrativos y actos de trámite; por su carácter público, toda vez que las fases constitutivas de la licitación y las determinaciones y actuaciones que durante ella se adopten son públicas e implican la observancia del principio de contradicción; por su libre concurrencia, al pretender garantizar la participación de todas las personas que estén interesadas, y en condiciones de presentar ofertas y celebrar el contrato; por la igualdad de oportunidades que, en teoría,

¹⁵¹ En contraposición con cierta parte de la doctrina que la califica como un acto administrativo complejo.

debe otorgar a todos los participantes, así como su tratamiento igualitario; y, finalmente, por encontrarse regulada por normas de derecho público.

Antes de entrar a explicar en detalle el procedimiento de la licitación, es importante anotar que, con fundamento en las decisiones de la Procuraduría, una vez sea éste iniciado, deberá cumplirse y llevarse hasta su finalización, así se advierta por el camino que éste no era necesario para la contratación que se pretendía realizar; lo que se deduce a partir de la lectura de varios expedientes¹⁵², en los que se demostró que entidades públicas convocaron, sin estar obligadas por la ley, a presentar propuestas para un contrato, cuando ya se tenía escogida la persona a quien se le adjudicaría el mismo, razón por la que se suspendió el proceso licitatorio y se procedió a adjudicar inmediatamente el contrato, quedando así, la sensación de que la invitación a presentar propuestas se hizo con desconocimiento de las normas contractuales, razón por la que el Despacho concluye que, si se hace convocatoria a presentar propuestas, se debe seguir el procedimiento adecuado para la escogencia entre los proponentes¹⁵³.

Ahora, entrando en materia, la licitación pública está conformada por siete grandes etapas, a saber: preparatoria, convocatoria, plazo de apertura, cierre de la licitación, evaluación de propuestas, observación y adjudicación.

5.1.1 Fase preparatoria

Esta etapa se desarrolla bajo la exclusiva actuación de la entidad contratante, en tanto está constituida por requisitos de obligatorio cumplimiento sin los cuales la entidad no podrá proceder a la apertura de la licitación. Con el cumplimiento de los requisitos que se señalarán a continuación, se busca la visualización del negocio de manera global y, entre ellos, se encuentra la

¹⁵² Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 071-12617-1999, 15 de diciembre de 2003, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

¹⁵³ Cfr. Procuraduría general de la nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-50419-01, 5 de mayo de 2003, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

planificación o realización de estudios previos que permitan identificar la necesidad del contrato, requerimientos técnicos, condiciones de mercado, disponibilidad presupuestal, asunción de riesgos, obtención de autorizaciones, permisos o licencias, entre otros.

Con base en los resultados obtenidos de la planificación, la entidad procede a la elaboración del pliego de condiciones o términos de referencia, los cuales son definidos por Roberto Dromi como el “conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, en el que se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación o ejecución del contrato y los derechos y asignaciones de los oferentes y del futuro contratista”.

Este documento es de vital importancia dentro del proceso licitatorio, toda vez que tiene la función de enmarcar el desarrollo del respectivo proceso por ser en donde se precisa las reglas de juego a seguir por las partes, y se determina el contenido del contrato por adjudicar, contrato que, posteriormente, deberá ser publicado atendiendo a las reglas para ello dispuestas en la Ley 80 de 1993.

De lo anterior, se deduce la vital importancia que tiene la planeación del contrato por parte de la entidad, en la medida en que debe tratarse de estudios serios y confiables que aseguren el adecuado desarrollo, tanto de la licitación como de la posterior ejecución del contrato, y garanticen la conveniente y segura inversión de los recursos de la nación.

Sobre este punto, es importante resaltar que gran número de las investigaciones y fallos emitidos por la Procuraduría, en su sección Primera y Segunda Delegadas para la Contratación Estatal, se originan por violación a los requerimientos sobre planificación del contrato, para lo cual, en repetidas decisiones, ha dicho que el propósito del legislador al consagrar la planeación como uno de los principios que rigen la actividad contractual del Estado, es el de evitarle a la administración mayores erogaciones y demoras que carezcan de justificación, como resultado de un inadecuado desempeño en el ejercicio

de sus funciones, siendo este un mandato perentorio derivado del artículo 25, numerales 7° y 12 de la ley 80 de 1993¹⁵⁴.

Así las cosas, de los casos estudiados se observa que en los eventos en que tal obligación de realizar estudios previos es omitida, el posterior desarrollo del contrato resulta defectuoso y, en muchas ocasiones, inejecutable; tal y como ocurrió en uno de los casos investigado por la Procuraduría Primera, en el que, aún sin identificar su necesidad, se procedió a la suscripción de un contrato de interventoría, en el que el disciplinado violó el principio de economía al celebrar dicho bilateral sin analizar previamente la oportunidad y conveniencia del mismo, toda vez que se suscribió cuando el contrato a intervenir ya se encontraba en un avanzado estado de ejecución y de pago; razón por la que se presentó un gasto innecesario y se ocasionó la pérdida de recursos públicos, y por lo que procedió el Despacho a sancionar al investigado¹⁵⁵.

Otra conducta comúnmente sancionada, se presenta en la suscripción de contratos con sobrecostos, ya sea porque se ha omitido la realización de los respectivos estudios de mercado o porque, aún habiéndose realizado, los funcionarios proceden a su celebración para su personal beneficio o para favorecer a terceros. Así, en la medida en que sólo es de competencia para la presente investigación el primero de los eventos señalados, se observa un caso en donde, con violación a lo dispuesto en los principios contractuales de economía, responsabilidad y selección objetiva, se presenta un sobrecosto ostensible en el suministro contratado, pues mientras los artículos suministrados costaron \$7.560.000, la cotización de otros oferentes se da por valor de \$4.124.000 y \$6.176.000, diferencias monetarias que llevan a pensar a

¹⁵⁴ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, resolución No. 165-87232-2003, 18 de enero de 2005, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

¹⁵⁵ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-16695-1998, 6 de diciembre de 2001, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

la Procuraduría que hubo un detrimento patrimonial del erario público del municipio de Nunchía, sin que exista justificación alguna para este propósito¹⁵⁶.

Resulta tan estricta la posición de la Procuraduría con relación a este punto que, aun cuando se evidencie la necesidad de suscribir un contrato de manera contundente dada la esencialidad del objeto por contratar para la entidad, debe realizarse los respectivos estudios previos de manera completa, sin omisión de los requisitos legales, toda vez que, a entender del Despacho, tal situación no puede constituirse como un motivo para desatender las reglamentaciones del proceso contractual¹⁵⁷.

Así también, la Procuraduría es bastante rígida en cuanto a la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal se refiere, en tanto entiende que, como uno de los requisitos previos a la selección de los contratistas, la ley 80 en el artículo 25 numeral 6° exige que, antes de iniciar los procesos de selección o celebrar el contrato, debe obtenerse las disponibilidades presupuestales, donde el encargado del presupuesto le informa al ordenador del gasto que en el presupuesto de la entidad existe un rubro para ejecutar y determinada cantidad de dinero que se separa provisionalmente para que él inicie el proceso de selección, con el fin de garantizar la óptima financiación de los proyectos y el cumplimiento de los compromisos económicos derivados del contrato¹⁵⁸.

Como ya se anotó anteriormente, una vez realizados los diferentes estudios previos técnicos, financieros, de factibilidad, oportunidad y conveniencia del contrato, con fundamento en los resultados obtenidos la entidad contratante

¹⁵⁶ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 058-002537-2001, 25 de octubre de 2004, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

¹⁵⁷ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 85-10654-2000, Septiembre 6 de 2004, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

¹⁵⁸ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expedientes No. 097-132-1998 de diciembre 6 de 2001, 078-3652-2002 de 18 de noviembre de 2003, y 021-19167-98 del 27 de agosto de 2002, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

procede a la elaboración del pliego de condiciones o términos de referencia¹⁵⁹, con el objeto de establecer y precisar, en forma clara y completa, las reglas de juego a las que deberán sujetarse las partes, tanto en desarrollo del procedimiento licitatorio como para la celebración y ejecución del futuro contrato.

A grandes rasgos, el documento contentivo del pliego de condiciones deberá precisar¹⁶⁰:

- El objeto del contrato, el cual deberá precisarse de manera completa, clara y puntual, de tal forma que permita el confeccionamiento de ofertas completas que respondan a las exigencias de la comunidad;
- La habilitación jurídica, técnica y financiera, tanto para el contrato en sí mismo considerado como los habilitantes o relativos a los sujetos que pretenden participar en la licitación, entre éstos últimos, se encuentra la capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera, entre otros, de tal manera que certifiquen la idoneidad de la persona que se pretende contratar;
- Los diferentes factores de escogencia y su ponderación precisa y detallada, que no son otra cosa que los criterios que la entidad tendrá en cuenta para evaluar las ofertas y seleccionar entre ellas la más conveniente, los cuales se encuentran enumerados, de forma enunciativa, en el Decreto 2170 de 2002;
- Los elementos esenciales del contrato y los derechos y obligaciones de las partes, aspecto que se encuentra regulado por la Ley 80, en consonancia con el art. 8º del Decreto 2170 de 2002, y entre los cuales se deberá incluir el objeto del contrato, su regulación jurídica, las obligaciones de las partes y condiciones tales como el plazo y lugar de ejecución;

¹⁵⁹ Según opinión generalizada de la doctrina, la denominación de “pliego de condiciones” se aplica al procedimiento de licitación, y “términos de referencia”, al concurso de méritos para contratar trabajos técnicos, intelectuales y especializados.

¹⁶⁰ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Op. Cit. p. 233 a 305.

- Los plazos de las diferentes etapas de los procesos de selección, como serían los relativos a la presentación de ofertas, a la realización de la audiencia de aclaraciones, a su evaluación, adjudicación, celebración del contrato y liquidación, de manera que se constituya una especie de cronograma cuyo plazo, por disposición legal, serán preclusivos y perentorios y;
- El valor de los pliegos, que deberá ser proporcional al costo que demandó su reproducción y, de ninguna manera, deberá constituirse en arbitrio rentístico de la entidad.

Con fundamento en el principio de igualdad y en el deber de selección objetiva, la ley determina que las exigencias y reglas contenidas en los pliegos, una vez puestas a consideración de los interesados, son obligatorias e inalterables, tanto para la entidad como para los participantes; así como también se constituye en la ley y fuente de interpretación del futuro contrato, en cuanto entra a formar parte de él, particularmente, en lo relativo a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ha de ejecutarse¹⁶¹.

Por lo anterior, resulta fundamental que las normas del pliego estén orientadas a preservar la igualdad de oportunidades, lo cual se logra incluyendo reglas objetivas y generales, evitando reglas con nombre propio o condiciones pensadas en determinados oferentes, aspectos que cuando son contravenidos por la entidad contratante en su elaboración, terminan siendo sancionados por la Procuraduría de manera tajante.

Tal y como ocurrió en uno de los casos fallados por la Procuraduría, en el que la exigencia de los términos de referencia elaborados en junio de 1.998 por la Administración Municipal de Cúcuta, en lo correspondiente a los requisitos señalados en el acápite de la Capacidad de Operación, fue clara y precisa en el sentido que el inversionista debía prestar sus servicios en una ciudad capital que tuviera entre 100.000 y 800.000 habitantes, por lo que el hecho de haberse

¹⁶¹ Ibíd. p. 253.

establecido este tope, excluyó a las ciudades con número superior a 800.000 habitantes, límite a la participación que ocasionó que firmas idóneas y con basta experiencia en las grandes ciudades se abstuviera de ofrecer sus servicios, lo cual hubiera redundado en beneficio de la comunidad¹⁶².

También se encuentra otro proceso en el que determina la Procuraduría que el pliego de condiciones no podía contener especificaciones técnicas que sólo reunía una marca determinada, toda vez que se requirieron motocicletas C-90 que son exclusividad de la marca Honda¹⁶³. Así, las condiciones para contratar en el caso en estudio, en efecto, estaban encaminadas para que propusieran los distribuidores de la especie citada, con lo cual se vulneró el principio de igualdad y de transparencia consagrados en la ley contratación impidiendo la participación de otras marcas y de otros distribuidores.

En los casos anteriormente expuestos, así como en muchos otros, se evidencia claramente la aplicación del principio “in dubio pro actione”, mediante el cual se determina que *“las cláusulas pobres o confusas, que en los pliegos de licitaciones aparezcan, deberán interpretarse en contra de la administración que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo necesario para hacer las cosas bien”*¹⁶⁴.

En suma, es importante señalar que, dada la vital importancia de dar cabal cumplimiento a las disposiciones legales respecto de los requerimientos en esta etapa preparatoria, en aras del éxito de las diferentes contrataciones, la Procuraduría ha tomado una posición estricta y sancionatoria del más mínimo viso de incumplimiento por parte de los funcionarios investigados, con el objeto, no sólo de castigar a los funcionarios corruptos o negligentes sino con el fin de

¹⁶² Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-29094-1999, 18 de marzo de 2003, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

¹⁶³ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-07773-97, septiembre 18 de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 30 de 1995, M.P. Julio César Uribe Acosta.

sentar un precedente importante en cuanto a su posición inflexible para así, asegurar o promover el cumplimiento de la ley.

En vista de lo anterior, resulta bastante acertada la conducta de la Procuraduría, dado que con tal rigidez está intentando dar plena garantía, desde sus inicios, a los diferentes procesos licitatorios, lo que se deriva en que éstos se desarrollen a futuro con mayores probabilidades de éxito.

5.1.2 Fase de convocatoria

La convocatoria comienza a partir del acto administrativo que da inicio al proceso licitatorio, dicho acto administrativo, denominado resolución de apertura, sólo podrá proferirse una vez cumplidos los requisitos preparatorios anteriormente mencionados, y deberá contar con una parte motiva en la que se realice una exposición de las razones de conveniencia del contrato pretendido, con inclusión de los diferentes estudios previos realizados para así, proceder a ordenar el inicio de trámites¹⁶⁵.

Acto seguido y con fundamento en el num. 3º, art. 30, de la Ley 80 de 1993, deberá surtirse la etapa de publicidad de los avisos, en donde se establece de manera precisa la forma como deberá realizarse junto con su contenido, de tal modo que, dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación a concurso, se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) a 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 éstos, en otros medio de comunicación social que posean la misma difusión.

En cuanto al contenido de dichos avisos, la citada norma establece que deberán contener la información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso y, además, el inciso 2º, art. 3º, del Decreto reglamentario 855 de 1994, determinó que, adicionalmente, deberá incluir la

¹⁶⁵ Apuntes de clase del Dr. Mario Roberto Molano López, Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Derecho - 9º semestre, enero – junio de 2005.

información básica sobre las características generales y particulares de los servicios que la entidad requiere, las condiciones de pago, al igual que el término de presentación de las propuestas, entre otros elementos que deberán adicionarse a juicio de la entidad contratante; requerimientos últimos que han sido confirmados por el Decreto 2170 de 2002, reglamento vigente en la actualidad y mediante el cual se derogó el citado Decreto 855.

A continuación, se distingue un segundo momento de publicidad en el que la entidad procede a poner a disposición del público los pliegos de condiciones definitivos, tal y como lo dispone el Decreto 2170, en desarrollo del principio de publicidad mediante la utilización de los medios electrónicos modernos. Por esta vía, se pretende poner los pliegos a disposición de las personas interesadas y de las veedurías ciudadanas para que formulen las observaciones y recomendaciones que crean convenientes, dejando en claro que la entidad no se obliga a incluir las observaciones realizadas sino a analizarlas y estudiarlas.

Por su parte, es criterio de la Procuraduría que por vía de la publicidad se asegura la conformación de un procedimiento adecuado, además de la libre concurrencia de oferentes como garantía del deber de selección objetiva sobre la propuesta más favorable para la entidad, razón por la que se ciñe a lo estrictamente estipulado por la ley para sancionar su indebida realización, toda vez que entiende que tales objetivos se vulneran cuando la entidad contratante no cumple con lo expresamente determinado por la ley.

Así por ejemplo, se encuentra un caso en el que se emitió y publicó el 1º de febrero de 2000 en el despacho del alcalde del municipio de Arauca, el aviso de la convocatoria mediante el cual solicitó presentar propuesta económica para el manejo del personal de servicios temporales para las diferentes dependencias de la Alcaldía, solicitud efectuada en forma genérica sin que se dieran los presupuestos básicos que debe contener la solicitud de oferta. En este evento la Procuraduría entendió que, al no establecerse en la convocatoria

tales elementos, además de las reglas de evaluación de las ofertas ni ponderación de éstas, la escogencia del contratista obedeció únicamente al arbitrio de la administración municipal en cabeza de su alcaldesa, puesto que allí no se establecieron factores de calificación técnicos, jurídicos, ni financieros, que garantizaran que la propuesta favorecida ejecutaría el contrato cumpliendo las expectativas de la entidad¹⁶⁶.

Para citar otro ejemplo, se observa un caso en el que se publicó un aviso de oferta suscrito por el acusado, en su calidad de jefe de la División de Bienes y Servicios de una entidad, donde se invita a personas naturales y jurídicas a presentar propuestas para contratar los elementos para la adecuación de los equipos del restaurante del Senado de la República, sin que se hubiera señalado en forma clara e inequívoca el número y características de dichos elementos o bienes eléctricos a adquirir con el objeto de poner en funcionamiento el restaurante de la mencionada Corporación, lo que trajo como consecuencia que solamente se presentaran dos propuestas a la licitación, para terminar contratando con una empresa que no tenía experiencia para la adecuada satisfacción del objeto contratado¹⁶⁷.

Se concluye que, teniendo en cuenta que la determinación del contenido de los avisos y los plazos de su publicación, aun cuando se encuentra reglada por la ley con la imposición de unos requisitos mínimos, éstos dependen esencialmente del objeto, naturaleza y condiciones del contrato en particular, razón por la que, al dejar un amplio margen de actuación a la entidad contratante a este respecto, el análisis que hace la Procuraduría para cada caso en concreto debe sujetarse a determinaciones eminentemente subjetivas.

¹⁶⁶ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-53015-01, octubre 6 de 2004, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

¹⁶⁷ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-56681-2001 de junio 4 de 2004, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

Dado lo anterior, se observa que las decisiones de la Procuraduría no han sido uniformes a este respecto, toda vez que en muchos casos, se ha sancionado al investigado por no incluir en los avisos elementos que, aun cuando no eran requeridos por la ley, a su parecer resultaban fundamentales para la publicidad de la licitación; y en otros eventos, ha absuelto a funcionarios por cumplir estrictamente con lo solicitado por la ley.

5.1.3 Plazo de apertura.

O también denominado “plazo de la licitación”, es el que transcurre desde el momento en que se permite la presentación de ofertas hasta el último instante para hacerlo, el cual debe ser fijado en el pliego de condiciones en atención a la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. De este plazo, resulta de suma importancia la fecha final para la presentación de ofertas, la cual deberá ser precisa en cuanto al día y la hora¹⁶⁸.

El num. 4º, art. 30 de la Ley 80 de 1993, contempla la denominada “audiencia de aclaraciones”, y determina que a solicitud de cualquiera de las personas que hubiera retirado los pliegos e incluso, de oficio, dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo de la licitación, podrá llevarse a cabo una audiencia de aclaraciones que tiene por fin el que la entidad explique de viva voz el alcance y contenido del pliego de condiciones o términos de referencia, e ilustre a los concurrentes los aspectos vitales del proceso de selección del contrato.

Así mismo, dicha audiencia podrá ser utilizada por los oferentes para expresar las inquietudes y reparos que tengan en relación con el pliego de condiciones, con base en las cuales y de resultar procedente, será posible la modificación del pliego como consecuencia de lo debatido, en cuyo caso la entidad deberá

¹⁶⁸ Apuntes de clase del Dr. Mario Roberto Molano López, Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Derecho - 9º semestre, enero – junio de 2005.

publicar un adendo¹⁶⁹ y se podrá prorrogar el plazo de la licitación hasta por 6 días hábiles.

Con relación a los mencionados adendos, se encuentra un expediente en el que se investiga y sanciona al Director General de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, por modificar y pactar con el contratista la ejecución de la obra en términos diferentes a los contemplados en el pliego de condiciones de la licitación pública, dentro del contrato suscrito con Concreto S.A., que tenía por objeto la construcción de obras de mantenimiento y reemplazo de losas en las plataformas del aeropuerto El Dorado de Bogotá¹⁷⁰.

Y, observa la Procuraduría, que cuando se contrata de manera diferente a las condiciones inicialmente determinadas, se eluden los procedimientos de selección objetiva, en tanto que, estos se cumplen cuando se respeta el pliego inicialmente publicado y vendido por la entidad contratante, a menos que, mediante adendo, se varíe y se de a conocer a todos los proponentes las modificaciones a las condiciones licitadas, de lo contrario se estaría dándole un trato discriminatorio y desigual a los demás oferentes no seleccionados dentro de la licitación precitada. Así las cosas, dado que no se ordenó la realización de adendo alguno para modificar los términos iniciales de la licitación, el investigado transgredió el principio de transparencia.

De otro lado, procede a continuación la presentación de ofertas por parte de los participantes en la licitación, las cuales, una vez presentadas, se convierten en irrevocables, inmodificables y obligan a su autor a celebrar el contrato si resulta ser beneficiado con la adjudicación. Adicionalmente, es importante mencionar

¹⁶⁹ Acto administrativo mediante el cual se modifica el pliego de condiciones que deberá ser notificado a todos los proponentes, es decir, a aquellos que compraron los pliegos.

¹⁷⁰ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-64474-2001 del 16 de marzo de 2004, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

que el principio rector en la elaboración de la oferta¹⁷¹ está constituido por el pleno y total acatamiento a las prescripciones del pliego¹⁷².

La oferta, en su forma, debe caracterizarse por ser escrita, suscrita por el oferente o su representante legal y sin tachaduras o enmendaduras; mantiene su carácter de secreta hasta tanto no ocurra el acto de apertura de ofertas, a partir del cual adquiere su connotación de pública. La presentación de la oferta implica que se radique en cabeza de su titular, no un derecho de contenido patrimonial, sino el derecho a que la entidad evalúe la oferta ajustada en un todo al pliego de condiciones y a la ley¹⁷³.

Teniendo en cuenta que en el transcurso de este lapso de tiempo se desarrollan actividades propias de los participantes para la conformación de sus propuestas, lo común es que la entidad contratante adopte una posición pasiva, cumpliendo con lo dispuesto en los pliegos, en espera a que las mencionadas propuestas sean presentadas, motivo por el cual no se encontraron casos de demandas ante la Procuraduría por las actuaciones de la administración en esta fase de la licitación.

5.1.4 Cierre de la licitación

Se presenta el cierre de la licitación una vez se ha cumplido el plazo determinado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas y, como se dijo anteriormente, para tal fin ha de establecerse una fecha y hora específica.

El cierre se protocoliza mediante la celebración de una audiencia pública, en la que procede la apertura de los sobres de las ofertas para leer las condiciones generales públicamente frente a los asistentes a la audiencia.

¹⁷¹ Se define oferta como la respuesta a la convocatoria pública que realiza la entidad, tratándose de un verdadero proyecto de negocio jurídico que el particular le formula.

¹⁷² Apuntes de clase del Dr. Mario Roberto Molano López, Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Derecho – 9º semestre, enero – junio de 2005.

¹⁷³ *Ibíd.*

De igual forma, en esta fase de la licitación tampoco se encontraron expedientes de la Procuraduría al respecto.

5.1.5 Evaluación de ofertas.

Esta etapa tiene comienzo una vez se ha cumplido la fase de cierre y culmina con la publicación del respectivo informe con los resultados de la evaluación.

La evaluación de las ofertas está a cargo de un comité interdisciplinario compuesto por funcionarios públicos o por asesores externos, cuando la especialidad y dificultad del proceso así lo amerite, y se realizará dentro del plazo indicado en el pliego de condiciones.

Para la respectiva evaluación, el mencionado comité deberá acatar íntegramente las reglas para el efecto determinadas previamente en el pliego de condiciones, y actuará básicamente conforme a las siguientes pautas generales contenidas en el art. 29 de la Ley 80 de 1993:

- Iniciará con la verificación de los requisitos mínimos, de tal forma que las ofertas que incumplan con alguno de ellos, serán rechazadas de plano y, en caso de encontrar alguna omisión formal y subsanable, así lo hará saber al oferente correspondiente, indicándole el término de que dispone para el efecto.
- Durante el plazo dispuesto para la evaluación, podrá solicitar aclaraciones y explicaciones que requiera en relación con las ofertas
- El comité deberá ceñirse, muy estrictamente, a los criterios de evaluación y a su ponderación, de tal manera que deberá combinar más de dos factores de evaluación y calificación.
- La calificación del precio se hará con base en estudios de mercado.
- El menor precio no puede ser el único factor de evaluación,
- El menor plazo, inferior al referido en el pliego, no será objeto de evaluación.

- Los aspectos técnicos y económicos deben ponderarse mediante la utilización de fórmulas matemáticas precisas y detalladas.

Al respecto, se observa un expediente en el que se encontró acreditada la violación del principio de transparencia por no haberse llevado a cabo un proceso de selección objetivo, toda vez que el representante legal de la entidad y el evaluador de las ofertas favorecieron una de las propuestas que se presentaron dentro del proceso de selección, el primero por haber variado las condiciones iniciales fijadas en el pliego de condiciones, presupuesto oficial y plazo de ejecución, y el segundo, por haber aceptado una evaluación de propuestas con las modificaciones a los términos de referencia aludidas¹⁷⁴.

En el anterior caso, observa la Procuraduría que las modificaciones efectuadas a los términos de referencia por el Gobernador del Amazonas, aparejaron un favorecimiento a uno de los oferentes, pues se emplearon en forma fraudulenta para adecuar su propuesta a unas condiciones de calificación que le permitían obtener la ponderación más favorable, y concluye que las estipulaciones de los términos de referencia no pueden ser alteradas posteriormente a la presentación de las ofertas, ni dentro de la etapa de ejecución del contrato, so pena de transgredir el derecho a la igualdad de condiciones de que gozan quienes pretendían participar o hayan participado en el proceso selectivo, y de esta manera el principio de transparencia que debió orientar el proceso contractual.

Una vez realizada la evaluación de las diferentes ofertas, el comité evaluador deberá proceder a realizar un informe motivado en cuanto a los resultados del examen, respecto de las ofertas rechazadas y de la evaluación propiamente dicha, indicando los puntos asignados a las propuestas para cada uno de los factores de selección y su correspondiente explicación. La adecuada

¹⁷⁴ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-50403-2001 del 10 de diciembre de 2002, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

motivación se constituye como un presupuesto esencial para el ejercicio de contradicción que la ley confiere, en etapa posterior, a los participantes.

Sobre este punto en particular no se encontraron pronunciamientos de la Procuraduría.

5.1.6 Fase de observación.

Una vez suscrito el informe de evaluación anteriormente mencionado y según lo estipulado por la Ley 80, la entidad deberá ponerlo a disposición de los oferentes por un espacio de cinco (5) días hábiles, siguientes a su publicación y traslado, para que lo estudien y presenten sus observaciones respecto de sus ofertas y de las demás, observaciones que, normalmente, son resueltas en el acto de adjudicación.

En desarrollo de esta corta etapa, se encuentra un caso en el cual se demandó al Director General del Sena, para la época de los hechos, por modificar el sitio donde debía permanecer a disposición de los oferentes los informes evaluativos, toda vez que, según criterio de la Procuraduría, ello transgrede uno de los principales derechos de los oferentes, cual es el de contradicción sobre las ofertas presentadas y con las cuales se concursa¹⁷⁵.

Entonces, concluye el Despacho que las estipulaciones de los pliegos de condiciones no pueden ser alteradas durante la etapa pre-contractual, ni posteriormente mediante acuerdos o actos administrativos contractuales, que modifiquen sus estipulaciones tanto en la parte sustancial de su clausulado, como en la procedimental que establece los pasos y términos a seguir dentro de ella, so pena de transgredir el derecho a la igualdad de condiciones que ampara a quienes pretendan participar o hayan participado en el proceso selectivo y, en consecuencia, el principio de transparencia que debió regir tal proceso contractual.

¹⁷⁵ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-18610-1998 de agosto 30 de 2002, Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

5.2 FASE DE ADJUDICACIÓN:

Con fundamento en el marco que traza la ley y el pliego de condiciones, y teniendo en cuenta el informe de evaluación proferido por el comité, los escritos de observaciones y el análisis de éstos, el jefe o representante legal de la entidad procederá a escoger la oferta más favorable. Dicha decisión denominada “adjudicación” deberá consignarse en un acto administrativo motivado, en donde se expresen las razones de hecho y de derecho que sustentan la selección realizada, además de dar respuesta a las observaciones planteadas por los proponentes en la fase anterior¹⁷⁶.

De la adjudicación nace la obligación y el derecho correlativo de las partes de suscribir el contrato dentro del término fijado en el pliego de condiciones. El incumplimiento de este deber por parte de la entidad hace surgir en beneficio del afectado el derecho al pago de los perjuicios que hubiere surgido.

Es importante señalar que, en esta etapa de la licitación, es en donde se encuentra el mayor número de casos resueltos por la Procuraduría, como ejemplo, se presenta uno en el que el requisito de experiencia exigido en el pliego de condiciones para la prestación del servicio a contratar no se encontró acreditado dentro del expediente por el oferente al cual fue adjudicado el contrato. Por lo tanto, es objeto de sanción tal conducta del funcionario investigado pues los parámetros, condiciones y circunstancias establecidos en el pliego deben exigirse en la medida en que si se suprimieran, se estaría modificando las condiciones iniciales de participación y por ende el objeto de la licitación¹⁷⁷.

Así también se encuentra, al respecto, otro expediente en el que la entidad contratante se abstuvo de seguir el trámite tendiente a obtener un número plural de ofertas y se limitó a escoger del archivo una propuesta presentada

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 079-278-97 de septiembre 19 de 2001, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

con anterioridad dentro de un trámite adelantado para suscribir un contrato con el mismo objeto¹⁷⁸, motivo por el cual la Procuraduría determinó la violación de los principios de transparencia y de selección objetiva, toda vez que la ley, con fundamento en tales principios, exige la comparación de varias ofertas para escoger entre factores de experiencia, precio, calidad de bienes y servicios, etc., al contratista que mayores ventajas y conveniencia le represente al Estado.

Por lo tanto, determinó el Despacho que la forma como se dio la selección del contrato, en este caso, transgredió el principio de transparencia, pues se presentó el absurdo de acudir a los vestigios de procedimientos de selección anteriores, con la consecuencia inmediata de evitar la celebración de uno nuevo, con nuevos factores de ponderación, y concluyó que el comportamiento fue irregular si se tiene en cuenta que las ofertas que presentan los potenciales contratistas a la Administración en respuesta a los llamados que la misma hace en condiciones de igualdad, se elaboran en función de unos específicos pliegos de condiciones o términos de referencia, esto es, para circunstancias de tiempo, modo y lugar concretos y excluyentes de cualquier otro llamado o de otro procedimiento.

Con relación a esta etapa, el art. 273 de la Constitución Política determina que la adjudicación podrá hacerse en audiencia pública, a solicitud de cualquiera de los proponentes, y ordenada por el Contralor General de la República o por cualquier autoridad de control fiscal competente, como también procederá cuando de oficio lo disponga la entidad, tal y como le determina el art. 3º del Decreto 2170 de 2002.

Es importante aclarar que, el hecho de realizarse la adjudicación en audiencia pública no significa una variación del proceso de licitación, y que las etapas siguen siendo iguales al igual que los efectos de la adjudicación pues siempre

¹⁷⁸ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-49804-2000 del 25 de enero de 2002, Procurador delegado Mario Roberto Molano López.

la decisión estará contenida en un acto administrativo motivado, lo único es que al mediar la audiencia pública, la determinación y los fundamentos en que se apoya, son expresados y explicados de viva voz.

Por último, ante los eventos en que no haya ofertas convenientes para la entidad, bien sea porque ninguna cumple con el pliego de condiciones, o porque no se presentaron ofertas, procederá la declaratoria de desierta de la licitación, entendida ésta como la determinación de la entidad de no seleccionar ninguna oferta.

Tal declaratoria se adopta en un acto administrativo motivado sujeto al recurso de reposición, y procede ante situaciones excepcionales, quedando su ámbito de aplicación reducido a situaciones en que la selección objetiva no sea posible. Adicionalmente, ésta se establece como una de las causales independientes de la contratación directa, procedimiento que se expondrá posteriormente.

Con relación a esta etapa, las conductas que mayormente se presentan y que son objeto de sanción por parte de la Procuraduría, consisten en que, debiéndose declarar la licitación como desierta, por diversos motivos, la entidad procede a contratar con quien no reúne los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, ocasionando con ésto suspensiones, demoras y hasta la inejecución del contrato; o, por el contrario, también se dan los eventos en que el representante de la entidad, con fines diferentes al bienestar de la comunidad, declara desierta una licitación para proceder a contratar directamente con violación al principio de transparencia y del deber de selección objetiva¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Cfr. Procuraduría General de la Nación. Primera y Segunda Delegadas para la Contratación Estatal, expedientes No. 079-278-97 del 19 de septiembre de 2001 y 165-50003-2000 de marzo 8 de 2005.

Finalizando con ésto las diferentes etapas del procedimiento de selección de licitación o concurso público, en relación con los fallos de la Procuraduría, en el capítulo posterior se procederá a analizar, de igual forma, el segundo procedimiento de selección del contratista contemplado en el Estatuto General de Contratación, a saber, el proceso de contratación directa, tal y como se mencionó en la parte inicial del presente capítulo.

CAPITULO SEXTO

6. CONTRATACION DIRECTA

La contratación directa, como el segundo procedimiento de selección del contratista contemplado por el art. 24 de la Ley 80, se constituye como el procedimiento a seguir de manera excepcional y únicamente en los casos taxativamente señalados por la ley.

Como se venía diciendo, para la ley la aplicación del procedimiento de contratación directa resulta restrictiva y excepcional, en tanto que sólo será procedente en los eventos en que la selección objetiva mediante invitación pública no sea posible, y para los casos expresamente determinados por la ley, con sujeción estricta a las formas legales predeterminadas.

La citada norma determina los casos en que procede la contratación directa, los cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Por razón de la cuantía, en donde procederá la contratación directa en los casos de menor cuantía, determinada ésta en función de los presupuestos anuales para cada entidad;
- Por la imposibilidad de acceder a la licitación pública, ya sea por la declaratoria de desierta de una licitación, o por imposibilidad de acceder a la administración, como en los casos en que sólo existe un proveedor exclusivo para la ejecución del objeto contratado, o por causa de urgencia manifiesta;
- Por la naturaleza de los contratos, entre los que se encuentran el contrato de empréstito y de operaciones de crédito público, el contrato sobre servicios de salud, y el de arrendamiento o adquisición de inmuebles, entre otros;
- Por la calidad de los sujetos contractuales, punto en el que se ubican los convenios interadministrativos, y los actos o contratos de las empresas

industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto directo actividades comercial e industrial propias de su funcionamiento.

De igual forma se encuentra el actualmente derogado Decreto 855 de 1994, por el que se reglamentó parcialmente la Ley 80 en materia de contratación directa, del cual resulta pertinente resaltar su art. 2º, toda vez que la mayoría de sanciones impuestas por la Procuraduría, al momento de su vigencia y con respecto a este punto, tuvieron como fundamento básico lo dispuesto por esta norma, que dice lo siguiente:

“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”.

Dado lo anterior, la postura de la Procuraduría se ha mostrado uniforme en la mayoría de providencias al determinar que, si bien es cierto que la ley 80 denota dos procesos de selección, la licitación o concurso público –que constituye la regla general-, y el exceptivo de contratación directa, no significa que tal excepción lo sea de los principios rectores, los cuales por supuesto aplican con pleno rigor aún para la contratación directa, la que, salvo muy contados casos, no obedece a la ausencia de procedimiento plural de participación, por el contrario, por regla general, debe agotarse un procedimiento que garantice la concurrencia de varias ofertas.

Así también, resultan relevantes las disposiciones vigentes en la actualidad del Decreto 2170 de 2002, en su capítulo 3º titulado *“de la selección objetiva en la contratación directa”*, especialmente en lo dispuesto respecto del contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia en contratación directa (art. 10), criterios para contratar con base en la menor cuantía (art. 11),

contratación directa en los casos de declaratoria de desierta de la licitación o concurso cuando no se presente oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia (art. 16), y de la contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes (art. 17); en razón a que en estas normas se encuadra la mayoría de conductas investigadas y sancionadas por la Procuraduría sobre el tema.

Con referencia a la contratación directa por la menor cuantía, se observa como conductas frecuentes en los funcionarios públicos el fraccionamiento de contratos¹⁸⁰ o la suscripción posterior de adiciones al contrato para manipular su cuantía, con el fin de evitar la realización de un proceso de licitación pública y proceder a contratar directamente, constituyéndose esto como una abierta violación de los principios de transparencia y selección objetiva; eventos en los que se observa una posición rígida por parte de la Procuraduría al sancionar todos los casos, a su parecer, constitutivos de fraccionamiento contractual o adiciones con fines dolosos.

Sobre este punto, se encuentra un caso en el cual, por aplicación de los parámetros previstos en el art. 24 del estatuto contractual, la menor cuantía para contratar en el municipio de Pasto para el año de 1999 se determinó hasta la suma de \$94.584.000, pues para dicho ente territorial el presupuesto ascendió a 308.147 smlmv; en consecuencia, los contratos que superaran aquel monto, debieron contratarse previamente a la realización del proceso de selección del contratista por el sistema de la licitación pública y, en el proceso objeto de análisis, se encontró que con el valor de los contratos adicionales materia de reproche, no se superó el monto de la menor cuantía para contratar en el municipio de Pasto para la vigencia fiscal 1999, motivo por el que se decidió absolver al investigado por esta causa¹⁸¹.

¹⁸⁰ Figura en la que de manera artificiosa, se deshace la unidad natural del objeto contractual, para contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado.

¹⁸¹ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 154-50999-2001 de diciembre 12 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

Otra de las conductas comunes en la contratación directa, se presenta en los eventos en que se procede a adjudicar el contrato en ausencia de pluralidad de ofertas, toda vez que los funcionarios públicos tienden a creer, equivocadamente, que por tratarse del excepcional procedimiento de contratación directa, están siempre exentos de realizar invitaciones para obtener la presentación de por lo menos dos propuestas, entendimiento que contraviene lo dispuesto en la normatividad anteriormente mencionada y que resulta sancionable por la Procuraduría.

Se presenta como ejemplo de lo anterior un fallo de segunda instancia, en el que la Procuraduría decidió confirmar el fallo de primera, toda vez que analizados los contratos y sus soportes, claramente se nota la ausencia de los requisitos precontractuales respecto de las dos ofertas para la contratación directa que exige el artículo 3 del Decreto 855 de 1994. Es más, observa que la conducta irregular del procesado es tan evidente, que únicamente no se conformó en desconocer las imperativas en un contrato, sino que además, en forma consecutiva, celebró varios contratos con el mismo objeto y el valor a pagar en cada uno de los contratos se imputó al mismo rubro presupuestal¹⁸².

De manera similar ocurre en tratándose de los denominados convenios interadministrativos¹⁸³, en los que se omite, por parte del funcionario competente, la respectiva invitación para cumplir con la pluralidad de ofertas requerida por la ley, también con la errada convicción de no necesitarlas por tratarse de uno de los casos contemplados expresamente por la ley en los que procede siempre la contratación directa. Para lo que la Procuraduría determina que, si bien existe una regulación especial para los contratos interadministrativos que los exime de realizar licitación o concurso, no significa esto que se pueda desconocer los principios generales de la contratación estatal como son el de transparencia y el de selección objetiva.

¹⁸² Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 078-3652-2002 del 18 de noviembre de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

¹⁸³ Los contratos interadministrativos son acuerdos bilaterales que celebran dos entidades estatales, también son llamados convenios porque más que conmutativos son de colaboración

Respecto de tales eventos, se encuentra un expediente en el que, con ocasión de la suscripción de un convenio mediante contratación directa y en el que se omitieron varios requisitos legales, la Procuraduría determinó que, con respecto a los contratos o convenios interadministrativos, el artículo 24, numeral 1o. literal c. de la Ley 80 de 1993, los exceptúa del trámite licitatorio o de concurso público, pero los reenvía para que la escogencia del contratista se haga directamente, por tanto, en ese proceso se debe cumplir con lo establecido en el decreto 855 de 1994, que es el que reglamentó la Ley 80 en materia de contratación directa y el que resultaba aplicable para la época de los hechos¹⁸⁴.

Continúa diciendo que el hecho de que no deba cumplirse en ellos la licitación o concurso público para la escogencia del contratista, no puede entenderse como que igualmente no deban cumplir, en tal trámite, los principios economía, transparencia y selección objetiva; y que tampoco puede entenderse que, al quedar el Decreto 855 la posibilidad de que estos contratos se celebren directamente, se les está dejando por fuera del cumplimiento de la normatividad contractual estatal, quedando la escogencia del contratista al libre arbitrio del representante de la entidad correspondiente.

También se encuentra un expediente en el que se acusa y sanciona al investigado por haber celebrado convenio interadministrativo con violación del principio de selección objetiva, al no existir antecedentes de ofrecimiento o invitación por parte de la entidad contratante a diferentes entidades para desarrollar el objeto del contrato, ni ningún elemento de juicio que permita concluir que se contrató lo más favorable para la Entidad. Se resalta en esta providencia, que además de sancionar el incumplimiento de la ley por parte del respectivo funcionario, determinó que su conducta se configuró como abuso de poder al determinar arbitrariamente con quien quería contratar¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 077-00694-99 de marzo 7 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁸⁵ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 021-16761-1998 del 28 de noviembre de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

Sin embargo, como toda regla general tiene siempre su excepción, se presentan eventos determinados por la ley en los que no se requiere de la pluralidad de ofertas ni de la invitación de por lo menos dos propuestas para realizar la adjudicación de un contrato mediante contratación directa, y se da en los siguientes casos:

- Contratos de prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas¹⁸⁶;
- Contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas;
- Cuando no existe pluralidad de oferentes o, en otras palabras, cuando sólo existe un proveedor del objeto a contratar.

Al respecto, se observa que son muy pocas las demandas que se presentan con base en estos eventos, toda vez que no es muy frecuente la necesidad de contratar bajo estos supuestos o porque el mercado de bienes y servicios resulta ser bastante amplio, de tal manera que ofrezca un sinnúmero de proveedores para las diferentes necesidades que pueda requerir una entidad. Aún en consideración de lo anterior, se encuentran tres casos importantes que dan testimonio de la postura de la Procuraduría acerca de este punto.

En el primero de ellos, la entidad procedió a absolver al investigado, y se determinó, con fundamento en el párrafo del art. 3º del Decreto 855 de 1994, los eventos en que es posible prescindir de las dos ofertas; debido a que, en el proceso, se acreditó que la entidad territorial representada en este caso por el sancionado, contaba con información de que en el municipio del Socorro no existían varias personas que pudieran proveer los servicios objeto del contrato, pues de las dos empresas registradas en la Cámara de Comercio, sólo una

¹⁸⁶ También conocidos como contratos “intuitu personae”, los cuales se celebran en consideración de las calidades individuales de la persona contratada.

firma contaba con certificado de idoneidad y certificación de la Superintendencia de Servicios Públicos¹⁸⁷.

En otro caso, se observa que el Director General de la DIAN contrató servicios de publicidad con Asomedios, mediante contratación directa, en ausencia de pluralidad de oferentes, con el argumento de estar contratando con un proveedor exclusivo; para lo cual, la Procuraduría determinó que resulta inconcebible que, con el objeto de eludir la pluralidad de oferentes, se acuda al sofisma de calificar a una agremiación de potenciales oferentes con la calidad de proveedor exclusivo, razón por la que sancionó al investigado dado que se demostró que no se efectuaron las respectivas invitaciones y ni se obtuvieron las respectivas propuestas¹⁸⁸.

Y en el último de los casos, se acusó a los investigados el haber celebrado un contrato de consultoría sin la obtención previa de por lo menos dos ofertas, para lo que se argumentó en los descargos que por la calidad de profesional, se trataba de un contrato intuitu personae. Así, se observa que los funcionarios en cuestión quisieron revestir un contrato común con las características de uno intuitu personae para evadir la invitación a concursar y proceder a contratar directamente¹⁸⁹.

Por tal evento, la Procuraduría procedió a sancionar a los investigados, precisando la naturaleza y características de los contratos debatidos, para lo cual dijo que en los contratos de consultoría, realizados por vía de contratación directa, se requiere la obtención de por lo menos dos cotizaciones, y que cosa distinta ocurre con los negocios jurídicos que se celebren para desarrollar

¹⁸⁷ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 154-27844-1999 del 24 de octubre de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano

¹⁸⁸ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-59554-2001 del 15 de diciembre de 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano

¹⁸⁹ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal, expediente No. 165-49494-00 del 25 de octubre de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano

trabajos artísticos, los cuales, intrínsecamente, se asimilan a los actos consensuales *intuitu personae*.

La ley 80 de 1993 parte de la necesidad de escoger al contratista, de acuerdo con el deber de selección objetiva y esto se desarrolla a través de la licitación o el concurso de méritos, que pretenden imprimirle al proceso de adjudicación de un contrato toda la transparencia posible, permitiéndole a los proponentes realizar sus propuestas, para que después, por medios de calificación objetivos razonados, se seleccione a quien de acuerdo con los pliegos de condiciones reúna las condiciones necesarias para ser contratista de la administración.

Sin embargo existen circunstancias especiales en las que no siempre la escogencia se va a dar por este tipo de procesos, tales excepciones están plasmadas en la ley, y no implican el desconocimiento de los principios rectores de la contratación estatal, ni de la función pública, pues estos siempre deben estar presentes en toda actuación del Estado.

Pese a lo anterior muchos servidores públicos han entendido la contratación directa, como el mecanismo más adecuado para evadir los requisitos de la selección objetiva del contratista, las facilidades que ofrece este tipo de contratación son llevadas al extremo, hasta el punto olvidar que por más que se esté ante este tipo de contratos, existen principios que no es posible pretermitir en ningún tipo de contrato estatal, tales como son la transparencia, economía y la responsabilidad.

La contratación directa no es la modalidad por medio de la cual se pueda escoger la oferta *“según la voluntad del servidor de turno, sino aplicando reglas objetivas, claras y serias que de manera previa a la apertura del proceso han sido establecidas por la entidad contratante”*¹⁹⁰. Un proceso específico, no debe ser la única forma en la que un funcionario pueda cumplir con los principios que rigen su función, sino que debe tener un amplio margen de actuación, teniendo

¹⁹⁰ DÁVILA, Luís Guillermo. Op. Cit. P. 309

presente que es él quien debe seguir los criterios de honestidad y responsabilidad en todas las actuaciones que desarrollan su función.

6.1. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

A pesar de que existe la contratación directa en ciertos eventos tales como mínima cuantía, prestación de servicios profesionales, urgencia manifiesta y convenios interadministrativos entre otros, este último tipo es el que los funcionarios públicos violan de forma más directa, conforme a lo observado en las diferentes decisiones de la Procuraduría, que han sido objeto de análisis en esta investigación.

Las entidades contratantes consideran en ocasiones, que por tratarse de convenios interadministrativos no es necesario cumplir con los requisitos de la contratación directa, situaciones en las cuales, la Procuraduría expone que estos deben perfeccionarse y legalizarse respetando los principios rectores de este tipo de contratación, puesto que si bien es cierto, por regla general la contratación de la administración pública debe realizarse mediante la licitación o concurso público, no es menos cierto que *“excepcionalmente y solo en los casos taxativamente enunciados en el artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993, puede entregarse mediante contratación directa y en todo caso se deben respetar los principios de la contratación estatal”*¹⁹¹.

En el caso antes mencionado la situación de hecho, fue la celebración de convenios interadministrativos con seis cooperativas, sin exigirles previamente la inscripción en el Registro Único de Proponentes, cuando así lo exigía para este tipo de contrato el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, concordante con el numeral 2º artículo 14 del Decreto 2170 de 2002.¹⁹²

¹⁹¹ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, resolución N° 021-83047-03 del 12 de febrero de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁹² Ibíd.

Expone en las consideraciones de la resolución anterior que *“en lo que toca a los contratos interadministrativos, éstos deben perfeccionarse y legalizarse respetando los principios rectores de la contratación directa signados en el artículo 24 parágrafo 2 de la ley 80, de lo que se infiere que la contratación será objeto de reproche cuando se demuestre que ha obedecido a la arbitrariedad y el subjetivismo de la administración, como quiera que la inobservancia del análisis de factores de selección y evaluación de conveniencia, capacidad, idoneidad y experiencia”*.¹⁹³

En el mismo sentido considera en otra resolución¹⁹⁴, *“que cuando se contrata de esta forma el representante legal de la entidad, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva.*

Así pues, la escogencia debe ceñirse a un proceso independiente, imparcial, observando cuales son las mejores condiciones, calidades y aptitudes que tenga el contratista para ser escogido; siempre con la visión de prever a la entidad estatal de las mejores ofertas que satisfagan y cumplan con los cometidos y las finalidades estatales.

*No puede el representante legal de la entidad, por el hecho de estar facultado por la ley para negociar en forma directa las obras o proyectos que deban realizarse para el bienestar de la comunidad, -en este caso la construcción de una vía esencial para el Departamento- prescindir de los derroteros que le ordena la Ley 80 de 1993, y entrar a escoger al contratista quebrantando el derecho a la igualdad y oportunidad que le asisten a los demás proponentes”*¹⁹⁵.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal, resolución N° 021-56445-2001 de octubre 3 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁹⁵ *Ibíd.*

Lo anterior porque no llamó a otras cooperativas a que presentaran sus propuestas, olvidando que en las actividades inherentes a la contratación pública siempre se debe consultar el interés general y no el particular, por tanto se le debe permitir la participación, a todas las personas que estén en la capacidad de ofrecer determinado bien o servicio.

De acuerdo a una resolución del año 2002, sigue la Procuraduría la misma línea, afirmando que *los contratos o convenios Interadministrativos, se deben someter a lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994 y no están sujetos a formalidades o requisitos distintos de los que la ley exige para la contratación con particulares; la única diferencia que esboza es que se celebran mediante contratación directa y están exentos de garantías y cláusulas excepcionales; y no obstante el móvil de estos contratos es distinto al tradicional, puesto que se busca primordialmente la colaboración entre dos diferentes instancias estatales, sin embargo bajo la óptica del artículo 32 de la ley 80 de 1993, cualquier acto jurídico que genere recíprocas obligaciones y en el cual intervenga al menos una entidad estatal, es claramente un contrato estatal, siendo por ende aplicables las normas propias de los mismos a los contratos o convenios Inter. Administrativos, por ser considerado un contrato estatal*¹⁹⁶. Situación por la cual no les permite bajo ninguna circunstancia a los servidores apartarse de los deberes rectores de la contratación.

Los funcionarios públicos aluden a que el carácter público de la entidad con que se pretende celebrar permite desconocer los principios y fines de la contratación, como ocurrió con el alcalde del Socorro que celebró varios convenios sin contar previamente con los términos de referencia, estudios, diseños y planos, además de no agotar previamente un procedimiento que garantizara la transparencia y fundamentalmente el deber de selección objetiva.

¹⁹⁶ Procuraduría General de la Nación. Primera delegada para la contratación estatal. Resolución No 075-351/98 de mayo 23 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

Frente a lo anterior, el alcalde investigado argumentó que por tratarse de un contrato interadministrativo existían aspectos de regulación diferentes, por tanto las entidades estatales podían celebrar contratos con otras entidades estatales sin necesidad de convocatorias previstas en la Ley 80 de 1.993 y sus decretos reglamentarios, pero esta situación en todo caso la opaca la doctrina¹⁹⁷, porque sostienen que no es válido pensar que la contratación pueda ser dejada a los criterios subjetivos de quien contrata, esa persona esta actuando en nombre del Estado y por lo tanto *“los elementos para escoger el contratista deben tener unos parámetros y seguir unos lineamientos previamente establecidos donde se seleccionara a quien tenga mayor capacidad y experiencia demostrando que la ejecución del contrato será exitosa”*¹⁹⁸.

Se decide que el funcionario que contrata debe seguir fielmente los principios de la contratación estatal para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que no es factible contratar a su arbitrio, sino que debe guiarse por unos presupuestos legales. *“Si bien existe una regulación especial para los contratos ínter administrativos que los exime de realizar licitación o concurso, no significa esto que se puedan desconocer los principios generales de la contratación estatal como son la transparencia, la selección objetiva y la economía son estos los que garantizan la protección de los fines del Estado”*¹⁹⁹.

En este tipo de convenios, también se encuentra por parte de los investigados la exculpación argumentando que por tratarse de cooperativas, la ley 80 adquiere mas flexibilidad respecto de los contratos que con estas deben

¹⁹⁷ Procuraduría General de la Nación. Primera delegada para la contratación estatal. Resolución No 072-950-1998 de septiembre 26 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁹⁸ Procuraduría General de la Nación. Primera delegada para la contratación estatal. Resolución No 072-950-1998 de septiembre 26 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

¹⁹⁹ *Ibíd.*

celebrarse, desconociendo el régimen legal al que estas están sujetas, y que con precisión es aclarado en el caso de la construcción de tres vías circundantes con el municipio de Puerto Carreño, contrato que se celebró directamente con subcontratistas y posteriormente se liquidó la obra sin haberse terminado a satisfacción, generándoles incomodidades a los usuarios²⁰⁰.

Respecto a ese caso, con claridad expone la Procuraduría: *“Las Cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales adquieren por disposición especial del párrafo del numeral 3o del artículo 2o de la ley 80 de 1993 la categoría de entidades estatales y en tal virtud deben ajustar su comportamiento estrictamente contractual a los lineamientos prescritos en ese estatuto, toda vez que en desarrollo de dicha actividad, ejecutan por cuenta de las entidades públicas propiamente dichas y en calidad de dueñas de las obras o servicios prestados, los fines de la actividad contractual.*

Una vez las cooperativas sean las adjudicatarias de los contratos en calidad de colaboradoras de los entes estatales, para el ejercicio de la actividad contractual y específicamente para la realización de los procesos de selección deben dar aplicación a los principios orientadores de la contratación estatal, cuales son la transparencia, economía y responsabilidad, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo, indicados en el artículo 23 de la ley 80 de 1993.

De esta forma y en esta misma resolución reitera la inescindibilidad existente entre el principio de transparencia y cualquier tipo de contratación del que se trate, así las cosas hace referencia al respecto argumentando que *“el principio de la transparencia implica que en el proceso de selección, la regla general de contratación se lleva a cabo a través del procedimiento administrativo de la licitación o concurso público, y además, contempla por vía de excepción las*

²⁰⁰ Procuraduría General de la Nación. Primera delegada para la contratación estatal. Resolución 021-12207-98 desagregado del No. 035-00047/97, del 28 de septiembre de 2001 Procurador delegado Benjamín Herrera

*hipótesis en las cuales la regla general de paso al procedimiento de selección por contratación directa, procesos dentro de los que debe asegurarse la selección objetiva de la propuesta mas favorable a la entidad y a los fines por ella buscados*²⁰¹.

El único caso en que la procuraduría decide fallar diferente, es uno en el cual se analiza la necesidad de presentar pluralidad de ofertas en un convenio interadministrativo²⁰².

Las diligencias se inician porque el alcalde de Mitú, celebra convenio interadministrativo sin haber hecho el análisis de los factores de selección y evaluación de la conveniencia, la capacidad e identidad, y sin haber obtenido las invitaciones, propuestas u ofertas para la escogencia entre una pluralidad de oferentes²⁰³.

“En este caso la consideración fue diferente, al sostener que este tipo de convenios se reguló como uno de los contratos de adjudicación directa sin limitaciones o restricciones de ninguna clase, por ello, para su celebración no se requiere, pues no lo exige la ley, pluralidad de ofertas, para dar cumplimiento al principio de selección objetiva exigido por el artículo 2, del decreto 855/94, este decreto 855 de 1994 no exigió pluralidad de ofertas y otros requisitos adicionales, de donde infiere claramente que no podría hacerse exigencias no previstas sin incurrir en violación”. Por lo tanto absuelven al investigado en este caso.

En esta última resolución, encontramos que las consideraciones son diferentes respecto de los casos anteriores, porque se aparta de los argumentos expuestos en otras resoluciones, y en este caso específico deciden absolver una conducta, porque consideran que esta no esta expuesta de forma explicita

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Procuraduría General de la Nación. Segunda delegada para la contratación estatal, resolución 165-56537-01 de agosto 27 de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano

²⁰³ *Ibíd.*

en la ley y por tanto salvaguardan el principio de legalidad absteniéndose de sancionar porque el decreto 855 de 1994 no exige para la selección objetiva que se presente la pluralidad de ofertas.

En términos generales la doctrina de la Procuraduría primera y segunda es uniforme en sancionar a los funcionarios que omiten requisitos propios de este tipo de contratación, los doctrinantes en sus libros exponen los mismos argumentos, encontrados en las resoluciones, ratificando así la importancia de conservar los requisitos propios de la contratación estatal, los fines que deben regir la función pública y los preceptos constitucionales que deben manifestarse en todas las actuaciones en la que estén presentes los agentes del estado, en su representación.

6.2. URGENCIA MANIFIESTA

Otro aspecto que atañe a la contratación directa es el referente a la urgencia manifiesta, causal específicamente consagrada en la letra f del numeral 1° del Art. 24, y es el atinente a contratos que *“hay que celebrar inmediatamente, que no dan espera, que no permite cumplir con tramites engorrosos y demorados, pues la administración está ante una situación de hecho que debe remediar ya. Estos contratos no requieren o mejor, no pueden someterse a los tramites de la licitación o el concurso, porque el contrato es de urgencia y habrá de celebrarse directa e inmediatamente”*²⁰⁴.

De la anterior definición se evidencia el carácter excepcional de este tipo de contratación, situación que hace mas estrictas las condiciones bajo las que debe contratarse, sea para conjurar una situación grave e inminente o para evitar los perjuicios que pueda ocasionar el descuido de un funcionario que no planeo determinada situación.

²⁰⁴ FRANCO, Gutiérrez Omar. Op. Cit, 1994. 460 Pág.

Sea cual fuere la causa que lleve a la necesidad de utilizar este tipo de contratación, debe estar perfectamente motivada, no puede ser al azar o al arbitrio del funcionario, así como tampoco puede ser una excusa para favorecer a determinados contratistas. Por tratarse de un evento urgente, no se puede desconocer la finalidad de la ley 80, aún en el caso, de que *“por lo apremiante de la situación la ley admite la Asunción de las obras o servicios o el suministro de bienes con la sola autorización de la entidad y con prescindencia del contrato propiamente dicho, aun de elemento esencial que es el precio. Es que su discusión puede retrasar, las obras, bienes o servicios adquiridos”*²⁰⁵.

Desafortunadamente este tipo de contratos han sido mal usados por los funcionarios públicos, quienes alegando situaciones anormales, proceden a contratar directamente, solo por evadir la licitación.

Frente a estas situaciones la Procuraduría ha dicho que *“la decisión sobre urgencia manifiesta debe darse sin prescindir del cumplimiento del deber de selección objetiva, y con la obligación subsiguiente de presentar toda la información requerida al respectivo organismo de control fiscal, igualmente son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación administrativa previstos en el artículo 3 de la ley 80/93, a saber: 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.*

*Todas las situaciones que inspiran la urgencia manifiesta deben ser ciertas objetivas y actuales, así, el transcurso de algún tiempo desde la acrecencia de la situación que pretende motivarla, impide su declaratoria, ya que este hecho es indicativo que el interés público no se ve afectado ni se toma un tiempo mas para la obtención de la obra, bien o servicio respectivo, concretamente el que requiere el proceso licitatorio”*²⁰⁶.

²⁰⁵ DÁVILA Luís Guillermo op.citp. 323

²⁰⁶ Procuraduría General de la Nación. Primera delegada para la contratación estatal, resolución 021-63486-2001 de Junio 1 de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera

De las anteriores consideraciones encontramos otra característica y es que las situaciones deben ser actuales, aspecto olvidado muchas veces por los funcionarios públicos, celebrando por esta vía negocios de los que ya habían sido advertidos, tal como en la resolución de septiembre 19 de 2001 en donde se expone lo siguiente:

Resumiendo los hechos encontramos que los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado eran prestados por el municipio, situación que se considera necesita un ajuste institucional para la modernización en la prestación de dichos servicios. Para el desarrollo de lo anterior se estructuró un mecanismo de seguimientos y acuerdos y a la posesión de la acusada, el municipio había sido acusado de cuatro cargos por el incumplimiento de dichos compromisos. La investigada en ningún momento contestó los cargos imputados, teniendo la oportunidad para hacerlo y contando con la posibilidad oportuna para conjurar la crisis. Pese a lo anterior la mandataria local emprendió gestiones independientes y celebró diversos contratos en forma directa por presunta urgencia manifiesta²⁰⁷.

“Se deduce con claridad que el hecho o situación principal de crisis que fundamentó la declaratoria de urgencia manifiesta -garantizar la continuidad del servicio -, no tenía la característica de excepcional e inmediata que exige la norma y por el contrario se venía presentando y se había diagnosticado desde el año de 1997.

Desde el comienzo de su gestión de Gobierno, enero de 1998, la disciplinada tuvo conocimiento de la situación de ineficiencia en la continuidad del servicio, en razón de la notificación que se le hizo, en su calidad de representante legal de Riohacha, de los pliegos de cargos de la Superintendencia, documento que recogía todos los aspectos jurídicos y de carácter técnico que debía

²⁰⁷ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución No 154-33145-99 de septiembre 19 de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano

implementar el Municipio en orden a cumplir los mandatos de la ley 142 de 1994 de servicios públicos.

No solamente tenía conocimiento de la situación, sino que contaba con instrumentos para conjurar la situación permanente de deficiencia de la prestación de los servicios públicos, tenía un diagnóstico y un compromiso de gestión que cumplir, sumada a la autorización conferida por el Concejo para efectuar las apropiaciones presupuestales, comprometer vigencias fiscales futuras y celebrar los contratos que de prestación de servicios y de consultoría necesarios para lograr los objetivos contenidos en el plan de acción.

Pero optó la mandataria Local por emprender gestiones aisladas, se deduce lo anterior por la celebración de otros contratos, también celebrados por el mecanismo de urgencia manifiesta, los cuales contemplaban objetos independientes y ajenos al desarrollo de un plan integral que abarcara todas las acciones que por obligación legal debía atender la Administración Municipal como entidad prestadora de los servicios Públicos en Riohacha.

Con base en lo expuesto se infiere que la Alcaldesa de Riohacha no podía sustentar la declaración de la urgencia manifiesta en el año de 1999, con base en circunstancias y hechos diagnosticados desde 1997, que debía cumplir de manera inmediata e inaplazable, desde su posesión en enero de 1998, las obligaciones legales que le imponían la Constitución Política, la ley, en especial la 142 de 1994; que tuvo el tiempo o plazo suficiente para adelantar los procedimientos ordinarios de licitación pública o de contratación directa para cumplir con unos objetivos que ya le habían sido notificados por la Entidad encargada de controlar y vigilar la eficiente prestación de los servicios públicos y finalmente que contaba con instrumentos precisos como el diagnóstico y las facultades que le concedió el Concejo Municipal en materia presupuestal y contractual.

Contó la mandataria local con un lapso de dieciséis (16) meses para adoptar e implementar las actuaciones contractuales necesarias en orden a dar cumplimiento al compromiso de gestión suscrito con la Superintendencia de Servicios Públicos para la efectiva prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, compromiso en el cual se preveían las acciones que se pactaron como objeto del contrato celebrado de manera directa el 28 de junio de 1999, en virtud de la urgencia manifiesta declarada en mayo de 1999, para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Riohacha²⁰⁸.

En estos mismos considerandos se encuentra que muchas veces este mecanismo es usado ya no bajo condiciones especiales, sino que se vuelve de aplicación diaria así: *“De otra parte se colige, que un mecanismo de carácter excepcional como lo es la urgencia manifiesta, se estaba convirtiendo en un mecanismo de aplicación ordinaria en orden a realizar contratación directa, es decir con la finalidad de eludir los procesos de selección que permitieran en realidad, afrontar la situación de los servicios públicos con responsabilidad y eficiencia mediante una contratación objetiva que posibilitara seleccionar la propuesta más favorable para el Municipio de Riohacha, para la comunidad y por ende que garantizara el cumplimiento de uno de los fines de la contratación estatal consagrados en el artículo 3 de la ley 80 de 1993, como es la continua y eficiente prestación de los servicios públicos”²⁰⁹.*

Todo lo anterior es suficiente para condenar a la investigada, ya que por los hechos probados, era imposible desconocer su actuación fraudulenta.

La ley cuando señala la urgencia manifiesta dice que es un mecanismo excepcional para remediar situaciones que de no prevenirse puedan ocasionar tragedias o situaciones mucho más complicadas y costosas para la administración.

²⁰⁸ Ibíd.

²⁰⁹ Ibíd.

Sin embargo hay situaciones naturales –tales como inundaciones- que aunque se presenten, no son requisito suficiente para que la declaratoria de urgencia manifiesta sea justificada, porque cuando es una situación de ocurrencia corriente en determinada zona del país, es posible preverla, y no se configura como una situación excepcional, porque es posible tomar las precauciones con anterioridad, a que se produzcan los hechos que puedan resultar dañinos.

La anterior situación se presentó en un municipio del departamento de Bolívar, en donde el alcalde celebró un contrato en el cual financiaba la construcción de obras tendientes a evitar las inundaciones como consecuencia del desbordamiento del Río Magdalena, por la situación climática que se originó como consecuencia del fenómeno del niño²¹⁰.

“La procuraduría considera que este caso escapa al Art. 42 de la ley 80 de 1993 porque este exige la ocurrencia de una situación extraordinaria, desastre, calamidad o fuerza mayor, conceptos todos que involucran la imprevisibilidad de los acontecimientos, estos es, que su acaecer sea inesperado, generando una situación de la que no pueda salirse sin tomar medidas que impliquen decisiones rápidas tendientes a solucionar los problemas presentados, es por eso que cuando se hace uso de este instrumento, el Estatuto de Contratación obliga a una posterior revisión de los documentos pertinentes y las decisiones tomadas al amparo de ella.

La claridad de la norma violada es de tal magnitud que no puede aceptarse como justificación la buena fe del investigado o el haber obrado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, ya que como acertadamente conceptúa la oficina jurídica de Cormagdalena entidad cofinanciante de la obra, no es viable la declaración de urgencia manifiesta por motivos relacionados con "situaciones de emergencia en una zona donde históricamente se han presentado los mismos inconvenientes.

²¹⁰ Procuraduría General de la Nación, primera delegada para la contratación estatal, resolución 075-509-98 de Septiembre 17 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

No se esta afirmando por parte de esta Procuraduría que el investigado debió permanecer impasible ante la amenaza de inundación que presentaban sectores de su Municipio, pero por ser recurrente el problema bien pudo solucionarlo con la planeación de las obras y no eludiendo los procesos licitatorios en contra de lo dispuesto en la Ley Contractual²¹¹.

En la anterior resolución queda evidenciado que la Procuraduría no es flexible ante la situación simple de prevenir eventos, sino que para que estos sean considerados como urgentes, anotamos nuevamente la importancia de que sean actuales, que en este caso no se presenta, porque estamos ante una eventualidad que no ha ocurrido y por tanto no es necesario conjurarla todavía, porque aun no se estaba poniendo en riesgo ningún bien jurídico.

Definitivamente la doctrina de la Procuraduría es uniforme cuando señala las causales que consideran como violatorias de la urgencia manifiesta. El más pequeño quebrantamiento a los requisitos esenciales de esta figura, es sancionado en todos los casos, porque no es posible que una figura que debe ser usada en casos de gran importancia, se convierta en un mecanismo que disfrace la corrupción o la negligencia de los funcionarios, quienes creen que usando esta forma especial de contratación pueden acomodar los procesos a su antojo. Pero viendo los casos fallados en las procuradurías primera y segunda, es evidente que se esta tratando de poner una gran barrera de contención para que casos como los aquí reseñados estén llamados a desaparecer.

6.3. MENOR CUANTÍA

Otro tema que se repite frecuentemente en torno a la corrupción de los funcionarios públicos referente a la contratación estatal y que toca de manera mas directa con la contratación directa, es el que nos señala el numeral 1º del Art. 24 de la ley 80, como es la menor cuantía.

²¹¹ Ibíd.

Son repetidas las conductas que tratan de disfrazar las formas corruptas en las que los servidores fraccionan contratos, señalan cifras inferiores para después firmar contratos adicionales e inflan el presupuesto de la entidad, todo para darle apariencia de legalidad a contrataciones directas celebradas, cuando no existe motivo para contratar de tal forma.

Esta forma excepcional de contratación “obedece de manera lógica al hecho de que el proceso licitatorio es en sí mismo costoso, tanto para la entidad estatal como para los particulares que participan de él, la mayoría de los cuales verán en alguna manera perdidos tales costos en tanto su propuesta no sea finalmente escogida. Por esto la ley permite contratar en forma directa siempre, que con arreglo a los factores numéricos establecidos por ella, se considere que los costos económicos y de tiempo que este proceso ocasiona superan razonablemente los riesgos que representa la autorización para escoger directamente al contratista”²¹².

Teniendo en cuenta la definición anterior y analizando la realidad del país y de nuestras instituciones publicas, es evidente que la situación de todas ellas no es igual, algunas cuentan con grandes presupuestos para ejecutar, mientras otras por ser de menor envergadura cuentan con menos dinero para desarrollar sus fines, por eso la mínima cuantía no puede ser una cifra única que deben seguir las entidades de manera ciega. Debido a eso, se desarrolla en la letra a. del numeral 1º del art. 24 de la ley 80 de 1993, categorías para contratar directamente, que van en relación con el presupuesto de la entidad para cada año, este presupuesto es tomado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, para que no sea necesaria su actualización anual.

Uno de los mecanismos más frecuentes usado por quienes pretenden evadir el límite de la mínima cuantía, es lo que la doctrina comúnmente ha denominado fraccionamiento de contratos.

²¹² MUTIS Vanegas, QUINTERO Múnera. Op. Cit. 590 Pág.

“La figura del fraccionamiento de contratos, si bien es cierto no se encuentra prevista en la Ley 80/93, como sí ocurría en el Decreto 222 de 1983 que la prohibía en forma expresa, en el actual estatuto contractual, esta prohibición surge de los principios que la orientan, tal el principio de transparencia que en garantía de una selección objetiva del contratista, establece como regla general de escogencia el proceso de selección por licitación pública y por excepción la contratación directa teniendo en cuenta en principio el monto o la cuantía del objeto a contratar, de donde se infiere que ésta la da precisamente la unicidad de la prestación a negociar”²¹³.

Lo anterior se complementa con otra resolución bastante clara sobre el tema donde pone de presente que antes de la ley 80 era bastante complejo demostrar que se estaba ante el evento del fraccionamiento, pero en la actualidad la ley y la doctrina se han encargado de dotar de características a esta conducta, para que sea mas fácil la identificación de este tipo de conducta para cualquier funcionario que se enfrente a ella, con la finalidad de evadir la licitación o el concurso²¹⁴. Entre estos indicios clasificados por la Procuraduría encontramos:

“La suscripción de varios contratos sobre un mismo asunto; la existencia previa del dinero necesario para ejecutarlos, la forma del proyecto en el plan de desarrollo del ente territorial, el valor total de los contratos cuyo monto debe superar el tope establecido para contratar directamente; la relación directa y subordinación entre los diferentes objetos convenidos, el tiempo dentro del cual se realicen y el lugar de ejecución.

No significa lo anterior que para concluir que hubo evasión del proceso licitatorio se requiere la demostración de todos y cada uno de los

²¹³ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal, Resolución 089-0832-1999 de agosto 29 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

²¹⁴ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal, Resolución 165-88120-2003 del 30 de septiembre de 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano

acontecimientos señalados, pues en principio la cuantía del contrato y la identidad en el objeto son elementos suficientes para obtener convencimiento sobre el tema. No obstante se requiere analizar cada caso en concreto para decidir en derecho.

El tema del fraccionamiento esta referido al concepto de la unidad en materia de competencia, siendo válida la interpretación que en su momento hizo el Consejo de Estado frente a la preceptiva contemplada por el Decreto 222 de 1983, al predicar que “no debe entenderse fraccionamiento dentro de la unidad de género, sino dentro de la unidad de especie”, luego no se está ante la división artificial de contratos cuando se suscriben varios contratos de obras, sino cuando dentro de uno de obra se firman varios pactos con tareas idénticas para su ejecución.

En conclusión fraccionar es partir, es quebrar las reglas cuando imponen una cosa. El concepto de unidad de la licitación no se puede quebrar porque la Ley lo dice. El fraccionamiento siempre estará relacionado con la licitación. Si no se hace la obra por licitación cuando así por la cuantía se requiere, esta fraccionando y en esta determinación el concepto sobre la identidad de objeto, el ciclo del tiempo, el presupuesto y la forma en que fue concebido el proyecto siguen vigentes para establecer la ocurrencia de este fenómeno²¹⁵.

Para ilustrar este tema encontramos un caso en el Departamento de Casanare, donde para la construcción de las cimentaciones de unas torres metálicas de la línea eléctrica, se adjudican directamente varios contratos a dos contratistas distintos. La suma de los contratos fue de 952'209.846, superando la mínima cuantía por cuanto para el año 1.999 en el Departamento de Casanare ésta se fijó en \$ 141'876.000²¹⁶.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal, Resolución 021-51255-01 de junio 23 de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera

En el presente caso la Procuraduría toma el objeto a cumplir por parte de los contratistas y encuentra, que todo obedece a una sola finalidad, y por tanto se hubiera podido adjudicar a un solo contratista así:

“Nótese entonces que los contratos celebrados que tenían por objeto realizar la misma actividad “Construcción de las cimentaciones de las torres”, ascienden en su totalidad al valor de \$ 414’397.816, cifra que supero la menor cuantía permitida para contratar directamente. Bajo estos parámetros no era posible dejar en cabeza de varios contratistas los diferentes contratos con el mismo objeto, pues mediante el fraccionamiento de contratos se elude el proceso licitatorio previsto en el artículo 30 de la Ley 80/93, lo que constituye violación al principio de transparencia y al deber de selección objetiva, contemplados en los artículos 24 y 29 ibídem²¹⁷.”

Continuando con el tema nos encontramos nuevamente con un caso en donde se celebran tres ordenes de trabajo, en el municipio de Hatonuevo, cada una por valor de \$3.501.366 para efectuar la conexión domiciliaria del alcantarillado de un barrio de ese municipio²¹⁸.

La Procuraduría en sus consideraciones encuentra que el objeto de los contratos era idéntico y por tanto se podía cumplir por un solo contrato, y se pronuncia así: *“Si bien es cierto, el proyecto se encontraba dentro de los presupuestos de la contratación directa, toda vez que era inferior a \$59.000.0000, el contrato debía contener formalidades plenas, como quiera que según lo considerado en precedencia no podía suscribirse en forma fraccionada sino total, por la suma de \$10.504.098 y con un solo contratista, superando de esta manera la cuantía que para suscribir contratos sin formalidades plenas, establece el artículo 39 de la ley 80/93²¹⁹.”* Para el

²¹⁷ Ibíd.

²¹⁸ Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal, Resolución 089-0832-1999 de agosto 29 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

²¹⁹ Ibíd.

municipio de Hatonuevo 15 salarios mínimos mensuales correspondientes a la suma de \$3.546.900

La corrupción de los funcionarios públicos en ocasiones llega hasta el punto de fraccionar un contrato y adjudicarle cada una de las partes resultantes luego del fraccionamiento a un mismo contratista, presumiendo que por el simple hecho de celebrar varios contratos (así el adjudicatario sea el mismo) , su conducta va a resultar subsanada, o de pronto justificada, por el hecho de tratarse varios contratos, cuando en realidad es uno solo que se dividió en varias partes para darle apariencia de legalidad a su celebración por vía directa.

Así encontramos el caso de un contrato de obra, para el relleno de unas vías en el municipio de Arauca que se adjudica mediante contratación directa a un mismo contratista, sin tener en cuenta que eran varios contratos que tenían una misma finalidad, y que necesitaban para su celebración de tramite licitatorio, porque excedían la menor cuantía²²⁰.

Al respecto la Procuraduría expone que si una misma persona fue la encargada de ejecutar un objeto cuya actividad fue idéntica en cada una de las vías, no se haya sometido a proceso licitatorio la escogencia del contratista, máxime si se tiene en cuenta que la suma de los 6 contratos ascendió a un total de \$ 234'909.450, cifra que esta muy por encima del valor establecido para disponer de la figura jurídica de la contratación directa.

En el caso anterior tampoco existe excusa para que se hayan suscrito diversos contratos para la ejecución del objeto consistente en la construcción de pavimento rígido en algunas vías de la ciudad de Arauca, *“toda vez que como anteriormente se señaló, la naturaleza del objeto es el mismo y podía ser realizado perfectamente por un mismo contratista. Aunado al elemento precedente encontramos en la misma escala, que la suma total de estos*

²²⁰ Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal, Resolución 021- 12334-1998 de octubre 24 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

contratos fue de \$ 864'301.810.90, valor que supero en gran medida el legalmente permitido para poderlos celebrar en forma directa, con lo cual queda plenamente demostrado que la decisión a tomar por parte del burgomaestre de Arauca frente a la existencia de dos (2) requisitos ineludibles, la unidad natural del objeto y la cuantía a contratar, era la de seleccionar objetivamente al contratista mediante el sistema previsto en estos casos como es el de la licitación.

Bajo estos términos, no existe duda que el querer del investigado fue adjudicar directamente los contratos y con tal propósito los fraccionó, porque de esta forma quedaba un valor que a la luz del Art. 24 numeral 1, lit. a) de la Ley 80/93 permitía la contratación directa, prueba de ello es que precisamente los contratos así divididos fueron suscritos por un valor máximo aproximado de \$ 50'000.000, sin superar el tope de mínima cuantía. Contratos que no debían ser fragmentados debido a que la unidad natural del objeto no lo consentía, como quiera que las labores a realizar en cada grupo fueron idénticas y por lo tanto no se requería un conocimiento distinto. Para ser claros, por ejemplo en relación con la construcción del pavimento rígido, las obras para todos los contratos que se celebraron con este fin consistieron en localización y replanteo, excavación a mano, retiro de sobrantes, relleno de material seleccionado, pavimento rígido, acero de refuerzo y dilatación en asfalto²²¹.

Ahora bien existen casos en que a simple vista parece que lo que los investigados quieren, es vulnerar el principio de transparencia y de selección objetiva, sin embargo de un detallado estudio de los objetos contractuales pactados se desprende que obedecen a diferentes finalidades, motivo por el cual si es plenamente válido que se celebren varios contratos.

En casos como esos la doctrina de la Procuraduría es clara en absolver a los investigados, porque su actuación de ninguna forma tiene visos de ilegalidad, como en un caso en donde el secretario de Gobierno fue encargado de la

²²¹ *Ibíd.*

alcaldía del municipio de Armenia y durante ese lapso si bien celebro 5 contratos para ejecutar obras en un centro educativo, esas obras eran de distinta índole como son, pintura, carpintería redes eléctricas y la construcción de un muro²²².

“El bagaje probatorio incorporado a estas diligencias permiten inferir al Despacho que la celebración de los acuerdos de voluntades mediante el mecanismo de la contratación directa estaba permitida, por cuanto el objeto a ejecutar era distinto en cada uno de ellos, pese a que se trataba de un mismo inmueble sobre el cual se irían a realizar las obras contratadas como fueron la terminación de los baños, pintar los muros del centro educativo, instalación de redes eléctricas, obras de carpintería y construcción de andenes.

Si bien es cierto el género fue uno solo "Centro Educativo Ciudadela de Occidente" no es dable desconocer que la especie fue distinta y por lo tanto consentía la celebración de varios contratos como efectivamente se llevó a cabo. En este sentido es bueno precisar que en el caso que nos ocupa no se dio el elemento de la unidad natural del objeto, porque a contrario de ello por tratarse de obras disímiles, mal podría exigírsele a una misma persona que las ejecutara todas²²³.

Queda visto que el criterio para delimitar la mínima cuantía esta claramente esbozado en la ley 80, por lo tanto no es complicado analizar bajo que circunstancias se quebranta este umbral, porque basta con la simple comparación entre el presupuesto de la entidad, su tope de la menor cuantía y el valor del contrato celebrado, para así saber si se está ante una vulneración al principio de transparencia y si se está utilizando de forma indebida el mecanismo excepcional de contratación directa por menor cuantía. Así mismo, en el fraccionamiento basta con hacer un análisis detallado de los objetos contractuales pactados, para saber si guardan relación y persiguen una misma

²²² Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal, Resolución 021- 61163 de agosto 19 de 2005. Procurador delegado Benjamín Herrera

²²³ Ibíd.

finalidad, y así concluir acertadamente si se está ante una división artificial del contrato, que conlleva necesariamente a la conclusión de que dicha división lo que buscaba era evadir el trámite licitatorio.

Siguiendo los casos excepcionales de contratación directa, nos encontramos con el artículo 32 numeral 3º de la ley 80 que es el que regula la contratación directa de prestación de servicios. A pesar de que este contrato se adjudica por medio de este tipo de contratación especial, nos referiremos a él en el capítulo de tipología de los contratos estatales, donde se describirá el tema con sus respectivas características y se ejemplificará por medio de las consideraciones más relevantes que sobre el tema ha dictado la Procuraduría.

CAPITULO SÉPTIMO

7. TIPOLOGIA DE CONTRATOS ESTATALES

Los contratos que celebran el Estado son los previstos en el derecho privado, es decir los que están tipificados en el Código Civil y el Código de Comercio. Cualquiera de los allí contemplados es susceptible de ser celebrado por la administración, pero conservando las potestades excepcionales propias del contrato estatal y conservando como requisito la ley 80 para su ejecución y celebración.

Adicionalmente a lo anterior existen contratos que están consagrados en el estatuto contractual como propios de la administración, y se encuentran debidamente enunciados, detallados y explicados, porque son necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado, y no se encuentra consagración legal en ningún otro texto normativo. Entre otros encontramos el contrato de prestación de servicios, de obra, de consultoría y el contrato de interventoría.

Ahora pasaremos a analizar los más frecuentes bajo la doctrina de la Procuraduría.

7.1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En lo que a tipología se refiere, es el que de forma más frecuente se reporta a la Procuraduría, por tener la característica especial de que su celebración se da por medio de la contratación directa (de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 numeral primero, literal d de la Ley 80 de 1993), da lugar a diversas aplicaciones erróneas, por partes de los servidores públicos, quienes utilizan este tipo de contrato para crear nóminas paralelas, contratando servicios, cuando en ocasiones no existen razones de fondo que sustenten la necesidad de celebrar estos contratos, lo que causa detrimento del patrimonio estatal, y favorece los intereses de particulares.

Para aclarar el tema vamos a rescatar algunas de las características que se pueden encontrar en el Art. 32 numeral 3º ley 80/93 así:

a. Puede ser celebrado por cualquier entidad oficial que tenga capacidad de contratación y que lo requiera, “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”

b. Se puede celebrar con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y se necesiten conocimientos especializados y no puedan realizarse con personal de planta. Y aunque la ley no lo dice, habrá de entenderse que pueden ser personas naturales nacionales o extranjeras, con las limitaciones que para la defensa de ciertas profesiones tiene la ley.

c. Este contrato tiene por objeto, desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades, negocios y funciones, no puedan cumplirse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Por lo tanto si se dispone de personal capacitado y suficiente dentro de la planta de la entidad, no esta permitido celebrar esta clase de contrato, lo que es obvio, pues este contrato se utiliza, cuando la entidad no dispone de personal, y no quiere o no puede vincularlo a la planta.

d. Los contratos de prestación de servicios, se celebran con el fin de obtener y aprovechar los conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico²²⁴.

Las anteriores características definen y delimitan en qué consiste el contrato de prestación de servicios, sin embargo, la Procuraduría le ha adicionado criterios

²²⁴ FRANCO Gutiérrez, Omar. Op. Cit. Pág. 449

adicionales, y ha enriquecido de esta forma la manera de delimitar y saber como distinguir un contrato de esta naturaleza, frente a cualquier otro, y también ha permitido conocer las formas en que suelen disfrazarse contrataciones amañadas, para sustraerse de los requisitos del estatuto contractual, para que las conductas de los funcionarios que pretenden con estos contratos burlar al Estado, encuentren reprimidos sus corruptos intereses.

La utilidad de esta modalidad de contrato es evidente en casos donde el personal de planta no es suficiente para cubrir una determinada situación, tal como ocurre en un caso en donde se contrata a un abogado externo para el cobro del impuesto predial y de circulación y tránsito en el municipio de Popayán, y al investigado se le acusa de contravenir la disposición prevista en el Art. 91 Lit. d Num. 6 de la Ley 136/94, donde se dice que este cobro debía realizarse directamente por la administración municipal o a través de la tesorería mediante el proceso de jurisdicción coactiva.

En descargos el investigado aseguro que contrató los servicios del abogado porque en la Oficina de Dirección Coactiva o Ejecuciones Fiscales trabajaban solo dos personas y la labor de cobrar la cartera requería de más personal²²⁵.

“Encuentra el Despacho acertada la explicación ofrecida por el inculpado, como quiera que efectivamente se aporó a las diligencias la certificación expedida el 23 de mayo de 2002 expedida por la Oficina de Recursos del Municipio de Popayán, donde refiere que en la Oficina de Dirección Coactiva o Ejecuciones Fiscales, laboraban para el mes de septiembre de 1.997 dos (2) personas de donde se advierte que era indispensable la contratación de un profesional que con sus servicios contribuyera a recuperar la gran cartera morosa que en

²²⁵ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal, resolución No 021-16168-1998 de Julio de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

materia de impuesto predial y de Circulación y Transito se le adeudaba al municipio de Popayán²²⁶”.

Desafortunadamente no todos los casos en los que se contrata para prestación de servicios, se hace de manera objetiva de acuerdo con las necesidades de la entidad contratante. Al respecto encontramos un caso en el que se suscribe contrato para servicios de asesoría jurídica y económica, pero a quien se le adjudicó el contrato ya había trabajado de planta para el municipio como asesor jurídico, jefe del departamento jurídico y subsecretario de personal, y desde el momento de desvinculación hasta la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios no había transcurrido siquiera un año²²⁷.

“Al respecto el pronunciamiento es que el contrato de prestación de servicios debe ser el producto de necesidades institucionales previamente definidas de conformidad con los estudios que al respecto se hubieren realizado, y que le sirvan a los responsables de la contratación para proferir sus juicios de conveniencia, oportunidad o mérito del contrato respectivo. Este contrato debe responder en realidad a necesidades verificables de las entidades públicas y no al capricho o la subjetividad de los servidores responsables en cada una de ellas.

Son contratos que se suscriben teniendo en cuenta la persona y sus calidades es decir intuición persona, lo cual no significa que la selección del contratista sea voluntaria y subjetiva por parte del contratante, por el contrario deben acreditarse y confirmarse las especiales calidades personales y profesionales que fundamentaron su elección y lo colocaron en una posición de superioridad frente a los otros candidatos, lo que no ocurrió en este caso.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal. Resolución 021-14726-98, Septiembre 17 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

Así mismo, es requisito indispensable para poder contratar en esta forma, que la entidad no cuente con personal capacitado dentro de su planta para realizar esos oficios y en este caso se logró probar que el municipio contaba con su departamento Jurídico y que por consiguiente no era necesaria la contratación de la abogada.

También cabe señalar que en relación con la certificación que debía expedir el Alcalde no existe ninguna explicación frente a su omisión, la certificación del secretario de personal no supe o reemplaza la del máximo jefe de la entidad, responsable de esa función en la que debe constatar que dentro de la planta de personal no existen servidores para desarrollar las tareas que se pretendían contratar y que le asignó a otra persona con el acuerdo de voluntades, esta función además era de carácter indelegable para el jefe de la entidad²²⁸”.

La corrupción es tal que sin importar si la persona a quien se contrata puede o no desarrollar el objeto del contrato, los funcionarios lo adjudican sin tener en cuenta calidades especiales ni formación profesional de la persona con quien se celebra.

Tal es el caso de una orden de prestación de servicios con el objeto de representar judicialmente a la Unidad administrativa liquidadora del Instituto de Crédito Territorial ICT con el fin de adelantar diferentes procesos tendientes a cobrar coactivamente la cartera de esa entidad en todo el territorio del Departamento de Cundinamarca y Bogotá, orden que se celebra con una persona que no tenía la calidad de abogado²²⁹.

“En sus consideraciones se argumenta que la persona con quien suscribió la orden no podía desarrollar el objeto en forma directa y necesariamente iba a

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal. Resolución 021-15999-98, Septiembre 4 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

tener que contratar a alguien, lo cual va en contra de los fines perseguidos por la administración que buscaba la representación judicial de la Unidad y además contra la naturaleza misma de la orden de prestación de servicios, según la cual se contrata a una persona determinada con características específicas para llevar a cabo una tarea que nadie en la entidad puede desarrollar”²³⁰.

Encontramos otro caso en el que se plantea una situación similar a la anterior, y es uno en el cual se contrata a una persona, para la prestación de un servicio profesional, cuando el contratista no ostentaba la calidad requerida para cumplir con el objeto contractual, pues no tenía la calidad de profesional que exigía el contrato.

El contrato requería de una persona con conocimientos de economía, la persona contratada no contaba con las calidades para desempeñar el encargo, y pese a lo anterior el contrato se prorrogó²³¹.

Al respecto la Procuraduría considera que *“los contratos de prestación de servicios profesionales, imponen una exigencia adicional, la acreditación de un título profesional, circunstancia que los cualifica dentro de tal enunciación, pues se celebran en razón y consideración de la persona que posee una calidad profesional debidamente acreditada.*

En el contrato de prestación de servicios profesionales, constituye requisito esencial la acreditación del título profesional atinente a cumplimiento de la prestación a desarrollar para la administración”²³². Por lo tanto el representante de la entidad que obró como contratante fue encontrado culpable de la conducta investigada y por ende sancionado.

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal. Resolución 02117548, Septiembre 30 de 2002. Procurador delegado Benjamín Herrera

²³² *Ibíd.*

En los dos anteriores casos es evidente la culpabilidad con la que actuaron los funcionarios, porque es imposible acreditar como error una conducta tan altamente culpable, como es contratar con persona que no posee la calidad profesional, cuando determinado contrato lo requiere. Es la mínima expresión de cuidado cerciorarse de que se poseen los títulos profesionales necesarios para acreditar que una persona si es especializada en determinada área o que cuenta con unos conocimientos específicos, es así como esta conducta siempre será reprochable al funcionario que omite asegurarse de que el contratista tiene esas calidades especiales indispensables.

En algunas ocasiones el descuido y la negligencia de los funcionarios es tal, que ni siquiera se preocupan por conocer la normatividad vigente que cubre sus actuaciones.

Al respecto encontramos el caso de un funcionario que alegó haber celebrado contrato de prestación de servicios, sin contar con la certificación de inexistencia de personal de la planta que pudiera prestar tales servicios porque según el no existía disposición alguna que exigiera tal certificación. La anterior argumentación se presenta como descargos frente a una acusación que se hace contra un alcalde.

Es inadmisibles que un funcionario presente descargos argumentando inexistencia de una norma, sin investigar previamente si esto es o no cierto, no se puede entrar a afirmar que una conducta es permitida o prohibida, cuando no ha entrado a analizar los textos legales que contemplan estas situaciones, si el acusado lo hubiera hecho, se habría encontrado con que el Decreto 2209 de 1998, exigía la certificación que según el no se requería para celebrar ese contrato. La investigación se da por la celebración de diversos órdenes de servicios, sin haber allegado certificación sobre la inexistencia de personal de

la planta de la alcaldía que pudiera prestar tales servicios²³³.

Ante tal desconocimiento de la ley vigente, la Procuraduría se pronuncia de la siguiente forma:

“Se evidencia que el defensor, desconoce la existencia del Decreto 2209 de 1998, por medio del cual se modificó parcialmente el decreto 1737 de agosto de 1998, y que en su artículo 1° estableció que los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán. Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, cuando es imposible atender la actividad con personal de planta, por que de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aún existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo”²³⁴.

Como vemos se reitera el principio que pregona que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, volviéndose aún mas rígido para los funcionarios públicos, que en calidad de la condición que ostentan deben conocer toda la normatividad que atañe al desempeño de sus funciones dado que a ellos en cumplimiento de sus funciones solo pueden hacer lo que la ley les permite.

La falta de motivación es el error mas frecuente que se presenta en este tipo de contratación. La mayoría de casos que encontramos sobre este tema tienen en común, que los funcionarios simplemente contratan a la persona para que

²³³ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 165-64392-01. Procurador delegado Mario Roberto Molano

²³⁴ *Ibíd.*

preste el servicio, pero olvidan acreditar la falta de personal en la planta para el cumplimiento de esa labor.

Es independiente si el contratista cumple o no a cabalidad lo pactado, lo que se recalca es que se debe acreditar la insuficiencia de personal en la planta, para que se justifique la contratación de personal adicional a la misma.

Al respecto encontramos el caso del Departamento de Nariño, en el cual se celebran varios contratos de prestación de servicios, sin existir motivación escrita que expresara la necesidad de celebrar ninguno de ellos²³⁵.

Al respecto la doctrina manifiesta lo siguiente:

“El normado 32.3 del Estatuto de Contratación, indica que las entidades estatales pueden celebrar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, los que sólo pueden celebrarse cuando no puedan realizarse dichas actividades con personal de planta o requiera conocimientos especializados.

Así las cosas, se tiene que los acuerdos de voluntades de ese tipo, surgen de la necesidad de suplir algunas deficiencias que se presentan en las entidades estatales, por falta de recurso humano en la planta de personal o porque éstas no tienen la idoneidad para desarrollar las labores que se pretenden contratar, circunstancias estas que se deben acreditar por el jefe de la entidad.

Respecto de los demás contratos acusados, prospera el cargo endilgado, por cuanto el hecho de que los contratistas hubiesen cumplido a cabalidad con la actividad que le fue encomendada como lo asegura la defensa y a pesar de que, pudiera existir materialmente, esa necesidad como se argumenta en las exculpaciones, no se cumplió con el deber de sustentar que en la planta no existía personal para ejecutar esas actividades; pues a los servidores

²³⁵ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 154-28872-1999. diciembre 27 de 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano

*públicos, no sólo se les exige satisfacer las necesidades de los administrados a través de los contratos estatales, sino que, es su deber ejecutar la actividad contractual, agotando los procedimientos tal como se encuentran reglamentados por la ley, como quiera que, son esas exigencias las que le dan transparencia al ejercicio de la función administrativa*²³⁶.

Encontramos un caso similar en donde se celebran dos contratos de prestación de servicio, uno para asesoría jurídica y otro para trabajo de asesoría en materia presupuestal y financiera, el investigado argumenta en descargos que se deben tener en cuenta las altas calidades morales e intelectuales de los profesionales contratados y el buen desempeño que tuvieron en sus respectivas labores²³⁷.

Pero en las consideraciones la Procuraduría reitera:

*“Como la contratación de los mencionados profesionales se hizo sin contar con la certificación que acreditara la falta de personal de planta para atender las labores contratadas, no son de recibo, por intrascendentes, las exculpaciones dadas por el implicado en el sentido de que las dos personas contratadas poseen altas calidades morales e intelectuales y que tuvieron buen desempeño en el cumplimiento de sus funciones. Así mismo la necesidad de las labores a contratarse, debía certificarse de manera previa a la suscripción de los contratos y no puede ser deducida posteriormente con base en el desempeño de los funcionarios o la utilidad que con su trabajo generaron al departamento*²³⁸”.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 165-75539/2002. Enero 21 de 2005. Procurador delegado Mario Roberto Molano

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ *Ibíd.*

Las anteriores dos resoluciones son una muestra de lo que considera la Procuraduría respecto de celebrar contrato de prestación de servicios sin la debida motivación.

En ningún caso de los analizados se absuelve al investigado que actúa de esta forma y que configura esta conducta, no existe ninguna excusa para pretermitir esta exigencia que plantea la necesidad de motivar el por qué de la necesidad de contratar este tipo de servicios.

Otra de las situaciones que ha investigado la Procuraduría es la referente a la modalidad de prestación de servicios para la vinculación de docentes. Este tipo de contratación es prohibida para este tipo de servicios, sin embargo según el decreto 2729 de 2000, esta modalidad es viable cuando se trata de atender las funciones propias de los docentes que se encuentren en situaciones administrativas tales como, incapacidad superior a 30 días, licencia, comisión, suspensión en el empleo, traslado por amenaza, o en caso de vacancia del cargo, mientras se realice el concurso para proveerse en forma definitiva.

Cuando no se trate de una de las situaciones enumeradas en el decreto, deberá hacerse este tipo de nombramientos en forma ordinaria o en provisionalidad. La prohibición del contrato de prestación de servicios para este tipo de eventos obedece a que estos cargos se proveen por medio de concurso de meritos, y si se utiliza el referido tipo de contratación, se estaría vulnerando el derecho de quienes participaron en el respectivo concurso.

Frente a este tema encontramos un caso en el que se plantea la contratación de un docente mediante esta tipología contractual. Su defensa argumenta que está actuando en forma legal, teniendo en cuenta el 105 de la Ley 115 de 1994, en concordancia con los parámetros trazados por la Ley 60 de 1993, que permite la vinculación de docentes mediante la modalidad de prestación de

servicios, para cumplir funciones que la entidad no puede realizar con personal de planta²³⁹.

Las consideraciones en este caso aluden a la constitucionalidad de la norma esgrimida diciendo que la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, declaró inexequibles las disposiciones con las cuales se pretendía conservar el servicio oficial educativo a través de docentes vinculados por la modalidad de contratos de prestación de servicios²⁴⁰.

“Por su lado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 1 de noviembre de 1994, recuerda, finalmente, que con la expedición del Decreto 2277 de 1979 se reestructuró la carrera docente, se reguló la vinculación legal y reglamentaria de sus servidores y no se habló de otro tipo diferente de vinculación, por lo que la vía contractual quedó definitivamente proscrita.

Finalmente, cabe precisar que el artículo 2 del Decreto 47 de 1998, permite, sin perjuicio de lo previsto en las citadas leyes, a la autoridad nominadora autorizar la prestación del servicio por parte de educadores no vinculados al servicio estatal para atender las funciones propias de los que se encuentren en situaciones administrativas tales como incapacidad superior a 30 días, licencias, comisión, suspensión en el empleo, traslado por amenazas en caso de vacancia del cargo, y mientras se realice el concurso para proveerlo en forma definitiva, eventos estos que no concurren en el caso”.

Situación similar ocurre en la celebración de contrato con un particular para desempeñar las funciones de rector en la concentración de desarrollo rural en una escuela, pese a que éste no tenía título de licenciado, ni experiencia en el

²³⁹ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 165-50225-00 Agosto 22 de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano

²³⁹ Ibíd.

²⁴⁰ Ibíd.

área educativa. Valga aclarar que el cargo había quedado vacante porque el rector anterior había renunciado por amenazas contra su vida.

El investigado argumentó que vinculó al rector mediante contrato de prestación de servicios porque cumplía con el perfil y se desempeñaba en el área que se requería como era la orientación agrícola y que como se presentaba una de las circunstancias excepcionales del Decreto. 2729 de 2000 su inexperiencia en la docencia no constituía un impedimento para dicha contratación²⁴¹.

Sin embargo de conformidad con los argumentos expuestos, la Procuraduría encuentra demostrado, en este caso:

“ El contrato de prestación servicios si bien era mecanismo válido para vincular a docentes que no estén inscritos en la carrera educativa, por cuanto se cumplía una de las hipótesis contenidas en el artículo 2, Decreto 2729 de 2000, pues el docente remplazado, tuvo que abandonar el cargo de rector de la concentración, por amenazas, la persona contratada, no reunía los requisitos previstos en la ley, pues para desempeñar ese cargo debía acreditar el título de licenciado o en su reemplazo demostrar que era un profesional de reconocida trayectoria en materia educativa; pero como esto no era así, no debió ser nombrado en el cargo de rector”²⁴².

De lo anterior se desprende que no es suficiente acreditar las circunstancias del decreto 2729 de 2000, sino que además es necesario evaluar si la persona a contratar cumple con los requisitos exigidos, no solo como en este caso cumplir con las calidades que exigía el cargo, sino que se debe evaluar todos los factores que inciden en la contratación, para luego pasar a decidir si es

²⁴¹ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 075-1274-00 del 18 de Septiembre de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*

necesario contratar y si la persona con la que se va a hacer reúne las condiciones que se exigen para el contrato, no solo para este tipo específico, sino para todo lo que concierne a la contratación estatal.

7.2. CONTRATO DE OBRA

La ley 80/93 en su art. 32 numeral 1º consagra los contratos de obra como *“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 la modalidad de ejecución y de pago”*.

Como son trabajos inmuebles, sus costos son muy elevados, motivo por el que merecen especial atención ya que su onerosidad provoca que cualquier desfaldo patrimonial en estos, se traduzca en grandes pérdidas económicas para la entidad que realiza la obra.

Tiene otra característica especial y es que en general este contrato es una gran fuente de empleo, porque el contratista a su vez necesita otras personas para que ejecuten el proyecto, y también le interesa a los comerciantes, porque quien va a ejecutar la obra va a necesitar un proveedor de los bienes que se van a emplear en la misma.

Todo lo anterior demuestra la importancia del tipo de contrato al que nos referimos y sus implicaciones económicas, razón por la cual resulta importante observar que la celebración de estos contratos cumpla a cabalidad con las reglas de la contratación estatal.

La Procuraduría en su doctrina no es muy amplia en aportar características o nuevas conclusiones acerca del contrato de obra. Las conductas que sobre él recaen se pueden encuadrar más bien en los principios generales de la contratación, y en los preceptos normativos que enmarcan todo el tema, sin

embrago se encuentran algunos temas aislados que se pueden analizar bajo la luz de este tipo de contrato.

Por ejemplo encontramos una gran precisión acerca de las dos diferentes modalidades del contrato de obra, es decir a precio global y el contrato de obra a precio unitario, la diferencia esta claramente explicada por la Procuraduría en una resolución del año 2003:

“Los contratos de obra a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total, resulta de la suma de los productos multiplicados por las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

La diferencia entre el contrato a precio global y el contrato a precios unitarios estriba en que en el primero, se contrata por una suma previamente convenida, independientemente de la obra o cantidad de ésta, que deba realizarse. Mientras que el contrato a precio unitario, se fija el valor de la unidad de obra y se paga este valor, cuantas veces se repita la unidad en la citada obra. Por ello a más unidades ejecutadas, mayor será la suma a pagar”²⁴³.

Otra característica relevante de este tipo de contratos, es que se exige para su celebración requisitos adicionales diferentes que para otros contratos, entre tales requisitos podemos encontrar el amparo de estabilidad de la obra, garantía de amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. elementos especiales de la ley 80 de 1993, son básicos, ya que si estos no se han constituido es imposible empezar a ejecutar el contrato.

²⁴³ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 165-60019-01 de febrero 20 de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

Pese a lo anterior en algunos casos, los funcionarios olvidan que esto es indispensable y el contrato se empieza a ejecutar cuando aun no se han constituido todas las garantías necesarias.

Con tales omisiones encontramos un caso en el que se celebran dos contratos de obra en los que se omitió la garantía de amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En igual forma en cuanto al amparo de estabilidad de la obra se estipuló una vigencia de dos (2) años.

El despacho considera que efectivamente se omitió exigir la cláusula novena de los mencionados contratos la garantía de amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que se refiere el artículo 17, literal c) del Decreto 679 de 1994, es decir al respecto no caben dudas de que ese deber por parte de la entidad contratante fue pretermitido²⁴⁴.

Se afirma por la Procuraduría que *“no corresponde a la realidad la afirmación que hace el acusado, en el sentido de que de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, los contratos en mención no requerían formalidades plenas, por cuanto, por mandato de la norma, se exceptúan de ellas, como en el sub-lite, las entidades que contratan por un valor máximo de \$2.131.882.50, cifra resultante de multiplicar la remuneración mínimo legal vigente (\$142.125.50) por 15. Y los contratos materia de estudio, como se anotó, se celebraron por cifras superiores a \$17.000.000.*

De igual manera, el literal d) del antes mencionado artículo 17 ordena que el amparo de estabilidad de la obra debe extenderse por cinco años, y en la cláusula novena de los aludidos contratos se pactó por dos años.

En el resto de los casos, se relaciona el objeto de estudio más que con el contrato de obra en sí, es con los principios y tramites generales que se vulneran para su realización.

²⁴⁴ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 071-11857-96 de Mayo 4 de 2001. Procurador delegado Mario Roberto Molano

Entre esos casos la Procuraduría estudia el de una Empresa Social del Estado (E.S.E) que celebra contrato de obra para la remodelación y adecuación de sus instalaciones.

Las obras se realizaron de manera incompleta y presentando falencias una vez operó la entrega de éstas, sin embargo el gerente de la E.S.E recibió a satisfacción las obras. El investigado argumentó que no violó la ley 80 de 1993, puesto que no es aplicable en los contratos de las E.S.E ya que de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 su régimen es de derecho privado pudiendo utilizar cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²⁴⁵.

Pero pese a lo anterior, se considera que si bien “las Empresas Sociales del Estado como entidades públicas aplican el derecho privado en su actividad contractual referida a servicios de salud, no estando sujetas a procedimientos de selección licitación o concurso público para tal fin, y a su ejecución como estipulaciones, obligaciones, efectos, etc., no menos cierto resulta precisar que en estricto cumplimiento de preceptos constitucionales sobre principios que orientan la función administrativa, como son los principios rectores del estatuto contractual, deben aplicarse a esta clase de entidades especiales. En síntesis, la aplicación de derecho privado en materia de servicios de salud no excluye la vigencia de los principios generales del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 ni las reglas sobre responsabilidad.

La obra pública no responde a los contenidos de la ley 100 de 1993 que hace referencia a la prestación de servicios de salud, ya que de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 se enuncia: “Son contratos de Obra los que celebran las entidades, para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

²⁴⁵ Procuraduría General de la Nación, Primera delegada para la contratación estatal. Resolución 93-8727-2001, octubre 20 de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, determinó que Cuando las Empresas Sociales del Estado necesiten celebrar contratos relacionados con la construcción de obras, consultorías, prestación de servicios para desarrollar actividades concernientes a la administración o funcionamiento de la entidad , concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, deberán aplicar las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial”.

Las vulneraciones que respecto del contrato de obra se presentan, se refieren más bien a los lineamientos y principios de la contratación estatal, los postulados para seguir respecto de este tipo de contrato, son los generales de todos los contratos celebrados por la administración. Las únicas exigencias adicionales que encontramos son las referentes a las pólizas de seguros que deben expedirse, en lo demás el trámite licitatorio, la adjudicación y demás etapas de los contratos son las que pueden predicarse de cualquier otro contrato de la administración.

7.3. CONTRATO DE INTERVENTORÍA

Es una especie del contrato de consultoría, según el numeral 2º del art. 32 de la ley 80 de 1993. Este supone necesariamente la existencia de otro contrato respecto del cual el interventor ejercerá su labor.

Consiste en la verificación del cumplimiento de las obligaciones en el contrato principal, sin embargo esto ha servido para que muchas entidades descarguen su responsabilidad en los interventores, excusándose en que esa es función del interventor olvidando que el contratante es quien debe velar principalmente por el cumplimiento del objeto contractual.

Es indispensable este tipo de contrato en todos los de obra en los que se haya

exigido licitación o concurso público, y otra característica adicional es que requiere de un interventor externo a la entidad.

Un caso como este lo encontramos en la Procuraduría Primera donde los hechos son los siguientes: en la cláusula décima de un contrato de obra para la construcción de un colegio, se consagró la designación de un interventor para que asumiera la supervisión de los trabajos contratados y realizados para el mencionado objeto. La adjudicación del contrato de interventoría se realizó por vía de contratación directa.

El cargo del que se acusa al que adjudicó el contrato de interventoría y de obra es el de contratar interventoría particular, como si se tratara de contratos de obra originados en un proceso de licitación o concurso públicos²⁴⁶.

Las consideraciones de el despacho apuntan a que *“la ley 80 de 1993 en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 32 establece que en los contratos de obra nacidos con ocasión del proceso de selección por licitación pública deberá contratarse la interventoría con un contratista independiente, sin embargo no establece dicho limitante en tratándose de contratos suscritos en forma directa, en los que bien puede contratarse la interventoría en forma independiente o llevarse a cabo a través de funcionarios públicos aptos para ello, siempre y cuando, claro está, el ente estatal cuente con los recursos humanos aptos para ello y del objeto del contrato y las circunstancias que lo rodean no se haga necesaria la contratación externa.*

La interventoría es una actividad que desarrolla la administración para vigilar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato estatal.

Si bien es cierto, para la ejecución de las obras concernientes a la construcción del Colegio no se llevó a cabo el proceso de selección por licitación pública,

²⁴⁶ Procuraduría General de la Nación, Primera Delegada para la Contratación Estatal, Octubre 26 de 2001. Procurador delegado Benjamín Herrera

*también lo es que en razón a la magnitud del proyecto, la cantidad de contratos, y el valor de los mismos imponían que la vigilancia o la actividad de interventoría se llevara a cabo con un consultor externo dedicado exclusivamente a esta obra*²⁴⁷.

La anterior posibilidad es permitida, porque en ocasiones los interventores de las entidades no cumplen a cabalidad sus funciones, y por tanto es necesario contratar con una persona externa que seguramente como contratista si vigilara la correcta ejecución de los objetos contractuales, como es debido y teniendo en cuenta que recibirá contraprestación por su labor, se dedicara de forma casi exclusiva al contrato que se le designó vigilar.

En algunos casos la despreocupación de los funcionarios por los contratos celebrados por las entidades de las que son representantes, se evidencia en el caso del secretario del municipio de Leticia que firmó un contrato de suministro de unos computadores para un colegio. Estos se hicieron llegar por parte del contratista pero posteriormente se verificó que la eran totalmente diferentes a los que se presentaron en la oferta²⁴⁸.

“Aparece claro que, el implicado como interventor del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula sexta de éste, no vigiló, como era su deber, el correcto cumplimiento del objeto del acto bilateral, al permitir, validando lo anotado en el cargo, que se recibieran unos elementos con diferentes características a los cotizados y contratados, sin que, por tanto, se protegieran los derechos de la entidad contratante

Con tal proceder, se transgredieron los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en cuanto no se exigió, por parte del interventor, al contratista la ejecución idónea del objeto contratado, ni adelantó las gestiones necesarias

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Procuraduría General de la Nación, Segunda delegada para la contratación estatal. Resolución 165-49330-2000, Diciembre 16 de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano

para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, como lo exige la última de las citadas disposiciones.

De igual forma, se desconoció la cláusula sexta del contrato en cuanto le asignó al implicado la veeduría y seguimiento del mismo, labor que, como esta demostrado, no ejerció, ocasionando los efectos citados, en perjuicio del ente estatal. Por ende, a la luz del artículo 53 del Estatuto Contractual, el implicado resulta responsable, y su proceder es violatorio del deber contenido en el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995, vigente para la época de los hechos, en cuanto exige cumplir la Constitución y la Ley²⁴⁹.

Es una realidad bastante frustrante ver que en gran cantidad de casos los representantes legales de las entidades que actúen como contratantes descuidan el cumplimiento de los objetos contractuales pactados. No se esfuerzan por hacer que el contratista cumpla sus obligaciones y permiten que éstos desarrollen los contratos a su antojo, despilfarrando el erario público, y permitiendo un malgaste innecesario de recursos cuando en ocasiones es necesario volver a celebrar un contrato para arreglar lo que un anterior contratista no cumplió a cabalidad.

²⁴⁹ Ibíd.

CAPITULO OCTAVO

8. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

La liquidación de los contratos, es un procedimiento que consagra la ley 80 de 1993, el cual tiene íntima relación con uno de los fundamentos del estatuto contractual, como es el principio de la Ecuación Económica, que se refiere a que durante el desarrollo del contrato, se debe mantener la igualdad o la equivalencia entre los derechos y obligaciones que surgen para las partes en el mismo; si esto no ha sido posible de lograr, la liquidación del contrato es una forma de llegar a un ajuste de cuentas, aunque sea en la etapa final del mismo, para que cuando se finiquite el negocio jurídico las partes queden a paz y salvo o en su defecto, determinen que cargas o prestaciones deben asumir a favor de la otra.²⁵⁰

Este es un acto establecido en el artículo 60 y siguientes de la ley 80 de 1993 y aunque en su realización, como es propio del estatuto vigente, se otorga amplia cabida a la autonomía de la voluntad de las partes, no por ello éstas pueden desconocer el querer del legislador de proteger tanto el patrimonio del Estado, como el del contratista y de procurar la equidad para las partes, determinando que ellas deben ajustar y hacer los reconocimientos pertinentes ante la terminación de la relación contractual, especialmente en los contratos en que es necesario llevar a cabo este procedimiento, atendiendo a factores como el objeto y la cuantía de los mismos

El objeto de este trabajo más que exponer el tema de la liquidación de los contratos estatales como tal, lo que busca es determinar cuales son las irregularidades relacionadas con este procedimiento en las que comúnmente incurren los servidores públicos, ya sea por acción o por omisión, con fundamento en las investigaciones que como órgano de control disciplinario, ha

²⁵⁰ MUTIS Vanegas Andrés, QUINTERO Múnera Andrés. Op. Cit., p. 197

llevado a cabo la Procuraduría General de la Nación, a través de sus delegados para la contratación estatal.

Así mismo, es importante examinar cual es la tendencia decisoria de la Procuraduría en relación a estas irregularidades, toda vez que sus fallos y medidas tienen gran repercusión en la forma como los servidores públicos, ajustan el cumplimiento de sus deberes específicamente en lo relacionado con los distintos aspectos de la contratación, a los mandatos legales y constitucionales.

8.1. NOCIÓN

El Doctor Luis Guillermo Dávila Vinueza señala que la liquidación de cuentas tiene por objeto “Hacer un ajuste final de cuentas y finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes, o de declararse a paz y salvo, según el caso. Con la liquidación del contrato el circuito negocial queda terminado, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual y la certeza acerca del pasado, presente y futuro del contrato” ²⁵¹

Por su parte, la Sala Tercera del Consejo de Estado, ha establecido que “La liquidación final del contrato tiene como objetivo, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél, que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes” ²⁵²

²⁵¹ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo., Op. Cit., p.120

²⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Abril 10 de 1997. Expediente 10.608. M.P Daniel Suárez Hernández

8.2 CASOS EN QUE PROCEDE LA LIQUIDACIÓN Y TÉRMINOS PARA LLEVARLA A CABO

La liquidación procede en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los demás que la requieran. Teniendo en cuenta que los grados de complejidad para efectuar la liquidación cambia en cada caso, especialmente por el objeto del contrato, la cuantía y el grado de cumplimiento de las partes, la ley 80 en su artículo 24 numeral 5, establece la posibilidad de que en principio, sea la entidad la que determine en el pliego de condiciones o en los términos de referencia el término en el que se procederá a liquidar el contrato.

En caso de que la entidad no se pronuncie al respecto, se aplica entonces el término que consagra el artículo 60 de la Ley 80 que establece que el plazo será de 4 meses contados a partir de la finalización del contrato o de su terminación unilateral. Este término es el aplicable a la liquidación que realizan las partes por mutuo acuerdo llamada liquidación bilateral.

Si el contratista no acude al proceso liquidatorio, o dentro del término acordado por las partes, no logran llegar a ningún acuerdo, la entidad dispone de dos meses para hacer la liquidación de forma unilateral, expresándola en un acto administrativo susceptible de ser impugnado en la vía gubernativa. Cabe señalar que en todo caso, “Los términos previstos en la ley para realizar la liquidación bilateral o unilateral son indicativos y no preclusivos”²⁵³

Si la Administración no liquida el contrato durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes) o en su defecto del establecido por ley (4 meses según art 60 de ley 80 de 1993), el interesado puede acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial para lo cual cuenta con un término de caducidad de la acción de dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (C.C.A Art. 136 num. 10 lit 10d).²⁵⁴

²⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia Mayo 2 de 2002. Expediente 20472. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

En todo caso, el contratista deberá extender las garantías originalmente constituidas mientras tenga lugar el procedimiento de la liquidación del contrato

8.3 ACTA DE LIQUIDACIÓN

La liquidación debe quedar consignada en un acta, que según el artículo 60 de la ley 80 de 1993, debe contener los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen contratante y contratista, que les permitan una recíproca declaratoria de paz y salvo. ” El acta suscrita por las partes pone fin a las reclamaciones de carácter económico, y prestará mérito ejecutivo, en lo que sea favorable a la entidad pública, por jurisdicción coactiva, y ante la justicia ordinaria, si la favorabilidad estuviere de lado del contratista particular. Esa liquidación en principio, no podrá cuestionarse sino por vicios del consentimiento.”²⁵⁵

“La liquidación es un balance o corte cuentas, que se realiza en un acta destinada para tal fin, la cual busca determinar la situación en que queda, en materia económica y de ejecución de la obra, con sus respectivos saldos y acreencias, cada una de los sujetos de la relación negocial, teniendo en principio un carácter declarativo, sin que ello descarte, necesariamente, que el acta que la contenga no pueda ser fuente de obligaciones”²⁵⁶

8.4 IRREGULARIDADES EN TORNO A LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

En primer lugar, cabe señalar que se hizo un análisis de los casos investigados por las Procuradurías Delegadas para la Contratación Estatal primera y

²⁵⁴ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la contratación estatal. Radicación 165-55308-2001 .Marzo 1 de 2005. Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Mayo 11 de 1990. Expediente 5335. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵⁶ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación estatal. Radicación 165-54424-2001.Febrero 10 de 2004. Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

segunda, y se tiene que las investigaciones llevadas a cabo en torno al acto de la liquidación de los contratos estatales no son muchas.

Al igual que en la comisión de todas las irregularidades relacionadas con contratación pública, el fundamento de las decisiones de la Procuraduría, es principalmente la Constitución Política de 1991, que en su artículo 6 señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, también se basa en los artículos 123.2 y 209, que indican que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma dicha por esa Carta y por la ley, y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y de los particulares, y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, eficacia y economía.

Las otras fuentes de la Procuraduría son el Estatuto General de Contratación Estatal y los reglamentos de cada una de las entidades del Estado que se ven involucradas en los diferentes casos, para determinar específicamente quién tiene la competencia y la titularidad para realizar la liquidación del contrato.

Las investigaciones que se llevan a cabo son prácticamente en su totalidad porque los funcionarios públicos omiten llevar a cabo el acto liquidatorio dentro del término legal, lo que algunas veces, no en todos los casos, conlleva tanto a incumplimientos de la entidad contratante para con el contratista, como a detrimentos patrimoniales en perjuicio de la entidad estatal, de lo que se puede inferir que la investigación contra el funcionario competente para hacer la liquidación, se realiza por el solo hecho de incurrir en la omisión, por el solo hecho de no atender a lo que estipula al respecto el artículo 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993, independientemente de si con la omisión, alguna de las partes sufrió o no un perjuicio.

Como es procedente en cualquier investigación, los funcionarios implicados rinden sus descargos. Los argumentos que exponen para justificar su omisión son variados pero principalmente pueden resumirse en los siguientes:

- Que en el contrato por el cual están siendo objeto de investigación, no es procedente u obligatoria la realización de la liquidación, toda vez que no se trata de los tipos de contrato que señala el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, como son los de tracto sucesivo, en los que se haya declarado la caducidad administrativa o la terminación unilateral del contrato, así como en los que siendo de ejecución instantánea, se han prolongado en el tiempo.

En los casos donde se expuso este argumento, la Procuraduría encontró que contrario a lo expuesto por los investigados, el contrato sí exigía la realización de la liquidación, y es que la confusión gira en torno especialmente a aquellos contratos que siendo de ejecución instantánea se prolongan en el tiempo, pues los funcionarios encargados no tienen en cuenta que dichas prolongaciones se pueden dar por cualquier causa como prórrogas y adiciones y siguen tomando los contratos como si fueran de simple ejecución instantánea, en un caso en el que se presentó esta circunstancia la Procuraduría señaló:

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, aquellos contratos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo deben necesariamente ser liquidados.

“Al respecto debe tener en cuenta la procesada, que el normado 60 establece varias eventualidades para efectos de la aplicabilidad de la figura de la liquidación, diferenciando claramente entre los contratos de tracto sucesivo, esto es aquellos que como el de arrendamiento se ejecutan por etapas consumiendo un período largo de tiempo, y los que no teniendo tal naturaleza (es el caso de los de ejecución instantánea como el de compraventa), y que por razones de adiciones o prórrogas su ejecución se prolonga en el tiempo, siendo este precisamente el suceso que se presentó en el caso sub lite”.²⁵⁷

²⁵⁷ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la contratación estatal. Radicación 165-75201-02. Enero 22 de 2004. Procurador Delegado Mario Roberto Molano.

- Que el funcionario investigado no tiene la competencia para hacer la liquidación porque no es competente o porque ha delegado esta función en otra persona.

La Procuraduría no atiende a este argumento, toda vez que normalmente el funcionario investigado es a quien corresponde dirigir la actividad de contratación de la entidad y en todo caso así delegue algunas de sus funciones, no puede desentenderse de ellas, sino que por el contrario debe verificar que el funcionario en quien las delegó sí las ejecute:

“ Respecto al argumento del gobernador investigado de que la liquidación de los contratos era función de los interventores y de la oficina jurídica toda vez que tenían que preparar las actas de liquidación para la firma del gobernador, cabe aclarar que la falta reseñada se cometió por omisión del funcionario encargado de tal actividad, lo cual se traduce en inobservancia e inaplicación de la ley, así como de los deberes impuestos a los servidores públicos, en este caso del ordenador del gasto, condición que para entonces recaía en el gobernador del ente territorial”²⁵⁸

- Finalmente los funcionarios públicos quieren exonerarse de responsabilidades resguardándose en la falta de cooperación del contratista para llevar a cabo la liquidación, ya sea porque no atiende al llamado de la entidad o porque no aportan los documentos necesarios para poder hacer el procedimiento liquidatorio.

Este argumento no es de recibo para la Procuraduría puesto que atendiendo a los cargos que ocupan los funcionarios, el ente de control entiende que ellos deben saber de la existencia de la figura de la liquidación unilateral, consagrada en el artículo 61 de la ley 80 de 1993, a la cual pueden acudir precisamente cuando el contratista no se presente a iniciar el trámite liquidatorio a pesar del requerimiento o invitación de la entidad, o cuando en el

²⁵⁸ Procuraduría General de la Nación. Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Radicación 165-55308-2001. Marzo 1 de 2005. Procurador Mario Roberto Molano.

término de cuatro meses contados a partir de la terminación del contrato, las partes no llegan a ningún acuerdo.

Con relación a este argumento, cabe citar las consideraciones expuestas por la Procuraduría en un caso en el que no se hizo la liquidación porque el contratista no allegó los documentos que se requerían para hacerla:

“ El estatuto contractual prevé un termino de cuatro meses para efectuar la liquidación de los contratos de tracto sucesivo de común acuerdo, vencido el cual autoriza a la entidad para adoptarlo mediante acto administrativo motivado, cuando el contratista no hubiese presentado la liquidación o no se hubiera llegado a un acuerdo sobre el contenido de la misma. De tal suerte, que la negativa del contratista, a la entrega del sistema de acueducto y de la documentación estimada como necesaria para realizar la liquidación del contrato de administración, no impedía al Municipio proceder a liquidarlo.” ²⁵⁹

Revisando los fallos de la Procuraduría a los que se tuvo acceso, se tiene que todas las investigaciones en las que se comprueba la omisión del funcionario público competente, terminan con la imposición de una sanción que varía dependiendo de la calificación de la falta, que normalmente es “grave”, porque al analizar los argumentos que se exponen en los descargos, ellos se reducen a la ignorancia de la ley que atendiendo a los principios generales de Derecho, no sirve de excusa. De la única forma en que el funcionario puede ser absuelto de responsabilidad, es probando al órgano de control disciplinario que el acto de liquidación sí se llevo a cabo o que realmente no era el funcionario competente para ello, aunque como ya se mencionó lo normal es que este argumento no sea de gran utilidad porque por lo general el investigado es la persona a quien corresponde dirigir la actividad contractual en la respectiva entidad.

²⁵⁹Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la contratación estatal. Radicación 154-27844-1999. Octubre 24 de 2001. Benjamín Herrera Barbosa

Aunque tal vez algunos funcionarios públicos no tienen presente la importancia que reviste la liquidación del contrato, este es un procedimiento importante cuya omisión genera responsabilidades, no solo por ser un acto que exige la ley especialmente en cierto tipo de contratos sino porque reviste aspectos tan relevantes como ajustes, revisión de la ejecución del contrato, prestaciones a las que haya lugar y en algunos casos el cumplimiento de obligaciones verbi gracia el buen funcionamiento del bien o del servicio que fue objeto del contrato.

CONCLUSIONES

Debido al exhaustivo trabajo que representó el análisis de los fallos estudiados, no solo en cuanto a su contenido sino también respecto a su forma, se hace necesario exponer las conclusiones desde dos puntos de vista; el primero se refiere a la forma en que la Procuraduría publicó los casos, la estructura de las resoluciones, los criterios utilizados para publicarlas en la página Web, las fuentes de las que se valieron las Procuradurías Delegadas para dictar los fallos, y demás aspectos meramente formales.

La otra óptica bajo la cual se presentarán las conclusiones se referirá al contenido jurídico de las resoluciones, los aspectos más relevantes y las características que la doctrina de la Procuraduría aporta a cada uno de los temas investigados.

Las conclusiones respecto de los aspectos formales son las siguientes:

1. En primer lugar no es claro el criterio que utilizó la Procuraduría para publicar los casos en la página Web de la entidad, porque se encontraron grandes falencias en cuanto a su orden temático, pues no hay concordancia alguna respecto a fechas, orden alfabético a algún otro sistema que sirviera de criterio para enumerar y organizar los temas.
2. En cuanto a los pronunciamientos de la Procuraduría sus fuentes son inciertas, porque en algunas resoluciones se encontraron consideraciones que eran cita textual de algún libro y en ningún parte figuraba la fuente de la que se había extraído el texto.

Ahora en cuanto los aspectos de fondo, se puede concluir lo siguiente:

1. Los fallos de la Procuraduría, tienen como fundamento específico el artículo 6º de la Carta Política, que señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, los Artículos 123 y 209 también de la Constitución, que indican que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y de los particulares, y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, eficacia y economía y finalmente en el numeral 1º del artículo 40 de la ley 200 de 1995, que señala que es deber de los servidores públicos cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, las leyes, los estatutos y reglamentos de la entidad respectiva.

2. Después de realizar un exhaustivo análisis de las investigaciones que se han llevado a cabo en la Procuraduría por irregularidades en las distintas fases de la contratación estatal, es muy preocupante ver el altísimo nivel de desconocimiento de la ley que se presenta entre los funcionarios públicos, especialmente en aquellos encargados de dirigir la actividad contractual en las diferentes entidades del Estado.

3. En términos generales la doctrina de la Procuraduría primera y segunda es uniforme en sancionar a los funcionarios que omiten requisitos propios de sus funciones, Los autores en sus libros exponen los mismos argumentos encontrados en las resoluciones, ratificando así la importancia de conservar los fines que deben regir la función pública y los preceptos constitucionales que deben manifestarse en todas las actuaciones en la que estén presentes los agentes del Estado, en su representación.

4. Aunque la Procuraduría está haciendo un esfuerzo por hacer cumplir los mandatos legales, se observa que muchos funcionarios públicos siguen actuando sin entender aún la finalidad de la contratación estatal que no es otra que la del interés general. Prueba de ello, es que no son pocos los funcionarios que incurren no solo en una sino en varias actuaciones y omisiones irregulares cuando están desempeñando un determinado cargo y

esto demuestra que tal vez las sanciones que se están imponiendo, no están siendo lo suficientemente drásticas para frenar las prácticas corruptas de algunos funcionarios que además están siendo reiterativos.

5. La delegación es una figura que está siendo utilizada por algunos funcionarios para trasladar sus responsabilidades a terceras personas incumpliendo así con sus obligaciones como directores de la actividad contractual. A pesar de ello, se observa en las diferentes decisiones que la Procuraduría no acepta este argumento para eximir a los investigados de su responsabilidad, porque aunque es una figura establecida por la ley, no acepta que el funcionario que delega se desprenda totalmente de la misma y no deba verificar que el delegatario efectivamente la cumpla.

6. Las investigaciones que más se llevan en la Procuraduría son las que hacen referencia al tema de incumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, porque los funcionarios encargados permiten que los contratos se ejecuten sin que se cuente con el certificado de disponibilidad presupuestal o sin que se haya aprobado la garantía única de cumplimiento, poniendo entonces en grave riesgo el patrimonio del Estado. Por ello generalmente la Procuraduría sanciona a los funcionarios investigados, teniendo en cuenta el cargo que ocupan no puede ser que no tengan conocimiento de la exigencia legal de cumplir estos requisitos de forma previa a la ejecución del contrato y no de forma concomitante como muchos lo hacen.

7. Generalmente las sanciones u omisiones que implican un desconocimiento de la normatividad de los contratos estatales, incluyen la violación a estos principios, especialmente al de responsabilidad y al de transparencia, por lo que la Procuraduría en las resoluciones siempre hace referencia a los principios transgredidos.

8. La tendencia de la Procuraduría hasta ahora, ha sido la de sancionar al funcionario una vez se verifica la omisión, atendiendo especialmente al cargo

que ocupa y por consiguiente a las actividades que debe desempeñar dentro de la respectiva entidad estatal.

9. Se observa una posición rígida por parte de la Procuraduría en cuanto a la estricta aplicación de las normas, toda vez que ha procedido a imponer las respectivas sanciones ante el más mínimo viso de incumplimiento de la ley. Es evidente que lo que busca con esto, es asegurar que los funcionarios públicos se ciñan a los procedimientos impuestos para el desarrollo de sus funciones, evitando así posibles desviaciones o pérdidas de los dineros públicos. Esta forma tan estricta de sancionar puede representar una gran barrera a la actuación de los funcionarios corruptos, pero desafortunadamente existen muchas conductas que a pesar de los esfuerzos de esta entidad seguirán pasando inadvertidas a pesar de su notable esfuerzo por evitar incumplimientos de la ley.

10. Si se presenta una sola inhabilidad y/o incompatibilidad de las de la ley en un contrato, genera la nulidad absoluta de este, y en la mayoría de los casos genera una sanción disciplinaria para el funcionario público que incurrió en ella.

11. Otro efecto jurídico es que la inhabilidad o la incompatibilidad no pueden ser motivo de interpretación analógica, ni extensiva. Son de interpretación taxativa. La Procuraduría es clara en esto, pues en todos los casos se da una violación exacta a la ley, y no hay lugar a dudas si se cometió o no la infracción.

12. Existen contratos que cuentan con etapas discrecionales, que le permiten a los funcionarios imponer las condiciones o trámites que crean más convenientes para la selección del contratista, lo que en ocasiones se presta para omitir requisitos esenciales de todos los contratos. En estos casos la Procuraduría no ha tomado una postura uniforme, sino que ha realizado el análisis detallado de cada caso en particular, pero teniendo como criterio para estos juzgamientos los principios orientadores de la contratación administrativa.

13. Se podría llegar a afirmar que la Procuraduría maneja un esquema de responsabilidad solidaria entre delegante y delegatario; y que atiende al régimen de responsabilidad objetiva respecto del jefe o representante legal de la entidad, puesto que la simple culpa no basta para ser eximido de responsabilidad, por lo que se podría llegar a decir que el ser jefe o representante de una entidad estatal se convirtió en una actividad de riesgo, porque no hay argumentos que lo puedan eximir de responsabilidad, así el delegatario haya actuado culposamente el jefe de la entidad siempre responderá, sin importar quien sea el verdadero culpable.

14. Otro efecto de la inhabilidad y/o la incompatibilidad, es que puede generar delitos y responsabilidades de orden económico, en distintos niveles. De hecho en la ley 200 de 1995, aclara que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, y que puede existir una absolución en materia penal, pero disciplinariamente puede continuar la responsabilidad.

15. A pesar del frecuente uso de recursos para fines distintos de los inicialmente señalados, también existen casos en que se cambia la destinación de las partidas presupuestales, pero no con la intencionalidad de apropiárselos para sí, o permitir que un tercero haga uso de ellos, sino para conjurar situaciones graves y urgentes que merecen una pronta solución, lo anterior sin desviar los fines de la administración, porque no se está haciendo uso ilegal de bienes o dineros que pertenecen al Estado. En esos casos la Procuraduría exime a los funcionarios, porque no están incumpliendo con los fines impuestos a ellos por la ley.

16. Las irregularidades en torno al acto de liquidación de los contratos estatales se manifiestan en la omisión en que incurren los funcionarios competentes al no llevar a cabo este trámite, específicamente en los contratos que la ley lo exige; se presenta especial desconocimiento de este

procedimiento en los contratos de ejecución sucesiva, cuya desarrollo se cumple de manera prolongada con el paso del tiempo.

La Procuraduría apunta a la culpabilidad de los investigados, cuando sus actos lo que buscan es transgredir la ley, apropiarse del patrimonio del Estado, o favorecer a otros con el mismo. Afortunadamente siempre se analiza cada caso en particular y se mira el grado de culpabilidad del funcionario, porque no siempre las actuaciones que parecen apartadas de la ley los son, se mira la realidad de los hechos, se evalúan las consecuencias y de esa forma se realiza el juzgamiento, porque no se pueden dar sanciones arbitrarias, castigando por hechos que no son antijurídicos. Cada caso detallado tiene diferentes componentes que la Procuraduría investiga y analiza, para después decidir de acuerdo a la ley y a la realidad, si sanciona al funcionario, o si por el contrario lo exime de responsabilidad disciplinaria.

BIBLIOGRAFIA

BENAVIDES RUSSI, José Luís. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado, Editorial Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogota, 2004.

CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique. Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente, Editorial Panamericana Formas e Impresos, Bogota, 2004.

DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal, Editorial Legis, Bogota, 2000.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública, Editorial Legis, Bogota, 1999.

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. La contratación administrativa: comentarios a la ley 80 de 1993, Editorial Abogados librería, Medellín, 1994.

HORMIGA C, María Cristina. Nuevo estatuto de contratación estatal: estudio de la ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, doctrina y jurisprudencia. Editorial Doctrina y ley, Bogota, 1996.

MUTIS VANEGAS Andrés, QUINTERO MÚNERA Andrés. La contratación estatal análisis y perspectivas, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, Bogota, 2001.

PINO RICCI, Jorge. Régimen de contratación estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1996.

RICO PUERTA, Luís Alfonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal: concordada con las leyes 446 y 489 de 1998 y el decreto 1818 de 1998, Editorial Leyer, Bogota, 2000.

SALAZAR REYES, Luís Eduardo. De los delitos en la contratación estatal: comentarios al decreto 2170 de septiembre 30 de 2002, Editorial Nueva Jurídica, Bogota, 2003.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2000.